

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCIA BRANDÃO ZOLLINGER

PROTEÇÃO PROCESSUAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CURITIBA

2005

MARCIA BRANDÃO ZOLLINGER

PROTEÇÃO PROCESSUAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCIA BRANDÃO ZOLLINGER

PROTEÇÃO PROCESSUAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professor Doutor Luiz Guilherme B. Marinoni
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Professor Doutor

Professor Doutor

TODO RISCO

Damário daCruz

"A possibilidade de arriscar é que nos faz homens.
Vôo perfeito
no espaço que criamos.
Ninguém decide
sobre os passos que evitamos.
Certeza
de que não somos pássaros
e que voamos.
Tristeza
de que não vamos
por medo dos caminhos... "

Para Mário Gisi

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é o resultado do incentivo, do apoio, da confiança, dos ensinamentos e, principalmente, da amizade e do carinho de algumas pessoas que, de alguma forma, estiveram comigo neste caminho. Sinto-me feliz em poder agradecer:

À minha família: mãe, Teresa, pai, Jorge, irmã, Carla, sobretudo pelo amor. E, ainda, vovô Ivan, Tetê, Toni e Elmo, por todo tipo de apoio, afetivo e material.

Às famílias de Augusto César Fayet, Pretta Fayet, Wanda Santi, Regina e Josué Duarte Medeiros e Daniel, Caetano e Fernando Gisi, pela acolhida carinhosa e generosa em Curitiba, fazendo-me sentir em casa.

A Mario Gisi, mais uma vez, pelo carinho constante em trajetórias trilhadas juntos.

Às amigas baianas, Renata, Milena, Flávia, Priscila e Letícia, pela amizade e carinho sem fronteiras. E a Jorge Santiago Jr, pela ajuda sempre poética.

A Fredie Didier Jr., Geisa Rodrigues e Robério Nunes, porque tudo começou na Bahia.

A Thais e Rodrigo, pela doce e afetuosa amizade e cumplicidade nos nossos ideais.

A Ana Letícia, grande amiga que o mestrado me presenteou, além do privilégio da sua interlocução acadêmica e espiritual, por todos os bons momentos que sempre passamos juntas.

Aos colegas Fernanda Marcon, Ana Carolina, Jairo Augusto, Alexandre Reis, Luciana Vargas, Thais Venturi, Guilherme Merolli, Marco Marrafon e Roberto Del'Claro, pelo convívio, diálogo e amizade durante o mestrado.

Aos professores Katya Kozicki, Celso Ludwig, Ricardo Marcelo e Clèmerson Clève, pela generosidade intelectual.

Aos funcionários da UFPR, Laura, Fátima, Sandra, Cris e Marcelo, da Secretaria do PPGD, e Rita e Loiri, da Biblioteca, pelo apoio sempre gentil.

A CAPES, pela bolsa de estudos concedida.

Por fim, ao meu orientador Prof. Luiz Guilherme Marinoni, pela inspiração, incentivo, generosidade dos diálogos e, especialmente, pela confiança depositada. Que os limites deste trabalho não diminuam a grandeza da sua orientação.

SUMÁRIO

RESUMO	x
ABSTRACT	xi
INTRODUÇÃO	1
PARTE I: DIREITOS FUNDAMENTAIS	6
CAPÍTULO 1: SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	7
1.1 Delimitação Terminológica e Conceitual	7
1.2 Estado de Direito e Direitos Fundamentais	13
1.3 Fundamentalidade	20
CAPÍTULO 2: DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROTEÇÃO	26
2.1 Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais: do Dever Objetivo de Proteção aos Direitos à Proteção	26
2.2 Posições Jurídicas Subjetivas à Proteção	39
2.3 Estrutura Normativa dos Direitos à Proteção	47
CAPÍTULO 3: A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	54
3.1 Considerações Preliminares	54
3.2 A Vinculação do Poder Legislativo	58
3.3 A Vinculação do Poder Executivo	61
3.2 A Vinculação do Poder Judiciário	66
CAPÍTULO 4: A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	71
4.1 Considerações Preliminares	71
4.2 Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares	76
4.3 Teoria dos Deveres de Proteção do Estado	80
4.4 Teoria da Eficácia Imediata ou Direta dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares	83
4.5 Teoria dos Três Níveis de Efeitos dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares	98
CAPÍTULO 5: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	103
5.1 Distinção entre Regras e Princípios	103
5.2 Princípio da Proporcionalidade e seus Subprincípios	107

PARTE II: O DIREITO AO PROCEDIMENTO ADEQUADO À PROTEÇÃO	112
CAPÍTULO 6: PROTEÇÃO MEDIANTE NORMAS DE DIREITO MATERIAL E DE DIREITO PROCESSUAL	113
6.1. Proteção Primária Concedida pela Norma de Direito Material	113
6.2. Proteção Conferida pela Norma de Direito Processual e Princípio da Efetividade	116
6.3 O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva como Direito Fundamental	122
6.4 Contribuições da Teoria dos Direitos Fundamentais	128
6.5 A Preventividade Ínsita nas Normas Jusfundamentais	135
CAPÍTULO 7: A INSUFICIÊNCIA DO REGRAMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO	142
7.1 Processo Civil e Realidade: Aproximação e Distanciamento	142
7.2 O Processo Civil no Paradigma Racionalista	144
7.3 A incompatibilidade da Estrutura Processual com o Dever de Proteção	147
7.4 A inidoneidade do Procedimento diante das Necessidades do Direito Material	150
CAPÍTULO 8: O DEVER DE O JUIZ CONFORMAR O PROCEDIMENTO ADEQUADO À PROTEÇÃO	158
8.1 Hermenêutica Processual de Acordo com os Direitos Fundamentais	158
8.2 As Cláusulas Processuais Abertas como Canais para a Construção do Procedimento Adequado à Proteção	168
8.3 A Possibilidade de o Juiz Suprir Omissão de Regra Processual	177
CAPÍTULO 9: LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO	182
9.1 Campo de Atuação Judicial	182
9.2 Controle da Proporcionalidade dos Provimentos e Medidas Judiciais	190
CONCLUSÃO	196
REFERÊNCIAS	198

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto de análise a conformação e adequação do processo civil à proteção dos direitos fundamentais. Propõe investigar a adequação do regramento processual civil à axiologia subjacente à Constituição Federal de 1988, juridicizada nos direitos fundamentais cuja normatividade, justiciabilidade e efetividade ótima impõem a previsão de instrumentos processuais aptos e idôneos à sua proteção especialmente preventiva. Esta investigação parte da teoria dos direitos fundamentais para extrair as contribuições e ferramentas úteis ao direito processual civil com vistas em implementar seu objetivo de realização prática dos direitos materiais ameaçados ou violados. Busca-se haurir contributos especialmente da categoria dimensional do direito fundamental como direito à proteção, a qual impõe condutas ativas ao Legislativo e ao Judiciário. Ao Legislativo, no que diz respeito à primazia quanto à determinação da conduta de proteção devida e quanto à previsão normativa de procedimentos e técnicas de tutela adequados à proteção principalmente preventiva dos direitos fundamentais. Ao Judiciário, quanto à atuação na conformação do procedimento de maneira a conferir proteção efetiva aos direitos fundamentais, diante do caso concreto que implique ameaça ou violação de tais direitos. Esta atuação judicial na construção do procedimento poderá abarcar a interpretação das regras processuais de acordo com os direitos fundamentais, o preenchimento das cláusulas processuais gerais e a atuação positiva do juiz diante de omissão do legislador ou de proteção legal insuficiente.

Palavras-chave: normas jusfundamentais, direito à proteção, conformação do procedimento.

ABSTRACT

The present dissertation aims at analyzing the civil suit adequacy to protect the fundamental rights. It proposes an investigation on the adequacy of the civil procedure rules to the 1988 Federal Constitution subjacent axiology, made legal through norms, possibility of suing and optimized effectiveness of the fundamental rights, which impose apt and adequate procedural instruments addressed to their especially preventive protection. Our investigation is based on the fundamental right theory and aims at finding contributions and tools useful to the civil procedural law in order to implement its objective, which is the practical realization of the threatened and violated material rights. We also seek to draw out contributions, especially from the fundamental right dimensional category as right to protection that demands active participation on the part of legislators and the judiciary. The legislator participation refers to the establishment of priorities when determining adequate protection behavior and normative forecast for guardianship procedures and techniques suitable for the fundamental right preventive protection. The judiciary participation refers to procedure adequacy in order to provide effective protection against threats and violations of fundamental rights in a concrete case. The judiciary participation in the procedure building could include both procedural rule interpretation pursuant to the fundamental rights and a judge positive action before a legislator omission or insufficient legal protection.

Key-words: jus-fundamental norms; right to protection; procedure adequacy.

INTRODUÇÃO

O direito processual civil vem passando por uma mudança paradigmática rumo à proteção efetiva dos direitos materiais, especialmente dos fundamentais, por meio do processo. A compreensão formalista do processo, como um fim em si mesmo, abstrato e autônomo em relação ao direito material, vai sendo abandonada em prol de uma compreensão instrumental daquele, que encontra sua razão de existir justamente na promoção da concretização, na realidade fática, do desejo das normas de direito material.

O princípio da efetividade para o processo civil assume uma conotação diferenciada que deve ser compreendida em consonância com o princípio da instrumentalidade. Não são as normas processuais, por si mesmas, que pretendem realizar-se no mundo dos fatos. Não é o procedimento, previsto abstratamente na lei, que deve ser garantido e concretizado a qualquer custo, de forma inflexível e formalista. Ao contrário. É necessário indagar, antes, se as normas processuais viabilizam a concretização efetiva dos diferentes direitos materiais, tomando em conta as diferentes posições sociais dos litigantes em consonância, ainda, com os valores jusfundamentais. Pois é este o objetivo do processo: realizar o direito material.

A inevitabilidade da reaproximação do processo com o direito material, sob pena de o sistema processual civil constituir-se como um gueto à margem da realização das aspirações constitucionais e da axiologia jusfundamental, impõe que o processo adeque-se aos direitos materiais e à realidade da vida, e não o inverso – consubstanciado no engessamento do direito material nas amarras do processo com prejuízos para sua realização em espécie.

E a dinamicidade da vida social – mormente no contexto de uma sociedade de massa, globalizada, marcada pelo progresso das técnicas de informática que imprimem no mundo características de rapidez, fluidez, fragmentação e contração do espaço e do tempo – exige do processo adaptação e previsão de técnicas de proteção adequadas às situações e aos conflitos sempre novos.

Isso demanda, é claro, uma atuação do Legislativo democraticamente legitimado atenta aos anseios sociais também na seara processual civil. Entretanto, ciente da defasagem que o processo sofre e da capacidade limitada de o legislador antever a realidade concreta, o próprio legislador adota, por vezes, a técnica de legislar mediante cláusulas processuais gerais, que demandam preenchimento de conteúdo e sentido pelo Judiciário na decisão do caso conflitivo concreto. Essa prática, porém, por si só, não representa uma alteração relevante no panorama processual civil sem que os operadores do direito extraíam delas toda a sua potencialidade.

As recentes alterações legislativas, em especial as cláusulas processuais gerais, devem ser janelas abertas para promover a conexão axiológica entre o ordenamento processual civil e a Constituição, em especial os direitos fundamentais que, como “decisões jusconstitucionais fundamentais”, juridicizam valores e orientam todo o ordenamento jurídico.

Para que essas reformas não se transformem em meras previsões de novas normas processuais interpretadas de tal forma que o sistema processual civil pouco mude e continue sendo aplicado tal qual fora construído no interior do paradigma racionalista e cientificista, a intercessão com a axiologia constitucional é imprescindível.¹

Essa intercessão realiza-se, para além da necessidade de releitura do processo civil de acordo com a Constituição, tanto com a constitucionalização de direitos fundamentais processuais – cite-se, em especial, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – quanto com a proteção processual dos direitos fundamentais materiais.

No presente trabalho há uma opção por essa segunda perspectiva de análise. Assim, procura-se haurir das contribuições da teoria dos direitos fundamentais as ferramentas jurídicas úteis e adequadas para promover uma conformação do procedimento à proteção efetiva dos direitos fundamentais.²

¹ Há alguns anos MARINONI vem afirmando que “não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Ou melhor, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21).

² Recentemente Marcelo Lima GUERRA observou que “a processualística nacional ainda não incorporou, plenamente, as novas ferramentas conceituais fornecidas pelo moderno constitucionalismo, mais precisamente

As premissas teóricas extraídas da teoria dos direitos fundamentais constituem o objeto da Parte I do trabalho, na qual se desenvolve uma pesquisa principalmente bibliográfica de direito comparado acerca da delimitação conceitual dos direitos fundamentais, da sua dimensão protetiva, das suas eficácias vertical e horizontal e do manejo do princípio da proporcionalidade, divididos em cinco capítulos.

No Capítulo 1 empreende-se uma delimitação conceitual e terminológica dos direitos fundamentais, localizando-os e configurando-os nos diferentes modelos de Estados, tornando possível vislumbrar uma interdependência entre o tipo de Estado, a Constituição e as diferentes gerações e funções dos direitos fundamentais. Ademais, apresentam-se como objeto de análise os direitos fundamentais positivados no ordenamento jurídico brasileiro e outros implícitos ou adscritos àqueles, numa interpretação do art. 5º, § 2º da Constituição.

Em seguida, no Capítulo 2, centra-se a discussão na análise da categoria dimensional do direito fundamental como direito à proteção, trazendo argumentos em prol de inferir-se posições jurídicas subjetivas à proteção a partir do reconhecido dever objetivo de proteção dos direitos fundamentais. Na seqüência, analisa-se a estrutura normativa dos direitos à proteção para a compreensão do campo de ação especialmente do legislador e dos órgãos do Poder Judiciário.

Nos Capítulos 3 e 4 trata-se, respectivamente, da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. O objetivo do primeiro deles é a delimitação dos deveres negativos e positivos dos poderes públicos para a proteção e realização efetiva dos bens jusfundamentais. Quanto à eficácia horizontal ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, delineiam-se as principais teorias acerca do tema – da eficácia mediata, imediata, dos deveres estatais de proteção e dos três níveis de efeitos. Propugna-se pela adoção desta última teoria uma vez que a mesma

pela teoria dos direitos fundamentais. Tais ferramentas possibilitam uma impressionante melhora de qualquer sistema legal vigente, independentemente de reformas legislativas, servindo, de um lado, para dimensionar os próprios problemas a serem resolvidos e, de outro lado, para extrair do sistema posto o máximo de eficácia nas respectivas soluções” (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12). O presente trabalho, nos seus limites, intenta contribuir para a realização desta tarefa.

articula uma coexistência das demais em diferentes níveis de efeitos, em que a opção por um dos níveis na fundamentação jurídica do caso concreto deve ser orientada por uma questão de funcionalidade.

No Capítulo 5 analisa-se a configuração principiológica dos direitos fundamentais e a relação de fundamentação do princípio da proporcionalidade com os direitos fundamentais. Empreende-se, ainda, uma abordagem dos subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – e da lei de ponderação.

Passa-se, então, à Parte II do trabalho. Ultrapassadas as premissas teóricas, procura-se incorporá-las na análise da adequação do processo civil à proteção dos direitos fundamentais. Utiliza-se especialmente da categoria dimensional do direito fundamental como direito à proteção para, a partir daí, extrair necessidade de atuação do Estado-legislador na previsão normativa de procedimentos e técnicas de tutela adequados à proteção principalmente preventiva dos direitos fundamentais. Este constitui, em linhas gerais, o objeto de análise do Capítulo 6.

Já no Capítulo 7, tece-se uma análise crítica de como o direito processual civil foi criado e desenvolvido como ciência autônoma no interior do paradigma racionalista, cuja superação impõe-se em virtude mesmo da incompatibilidade e inidoneidade do regramento processual civil diante das necessidades do direito material e do dever estatal de proteção dos bens jusfundamentais.

Na sequência, Capítulo 8, ampara-se na teoria dos direitos fundamentais e, especialmente, na categoria dos direitos à proteção a necessidade de atuação dos órgãos do Poder Judiciário na conformação do procedimento de forma a conferir proteção efetiva aos direitos fundamentais, diante do caso concreto que implique ameaça ou violação de tais direitos. Esta atuação judicial na construção do procedimento poderá abarcar a interpretação das regras processuais de acordo com os direitos fundamentais, o preenchimento das cláusulas processuais gerais e a atuação positiva do juiz diante de omissão do legislador ou de proteção legal insuficiente.

Por fim, no último capítulo, expõem-se os limites da atuação do Poder Judiciário na conformação do procedimento adequado à proteção, delimitando o

campo de atuação judicial e adotando o princípio da proporcionalidade como técnica de controle dos provimentos e medidas judiciais.

Isso posto, pretende-se que o presente trabalho, ainda que ciente dos limites da sua contribuição, insira-se na luta pela realização efetiva dos direitos fundamentais do homem e da mulher concretos, de “carne e osso”.

PARTE I
DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO 1

SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 DELIMITAÇÃO TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL

Uma das primeiras questões suscitadas em um trabalho que pretende adentrar no campo dos direitos fundamentais é a delimitação terminológica e a perspectiva nas quais estes serão abordados. Não raro termos como direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, direitos morais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos etc. são utilizados indistintamente e sem consenso conceitual pelos doutrinadores e legisladores.

Para afastar a incomunicação que a equivocidade das palavras pode produzir, cumpre explicitar, apenas de forma sucinta³, o sentido em que aqueles termos são usualmente empregados e justificar a opção pela expressão ‘direitos fundamentais’ que aparece já no título deste estudo.

Convém ressaltar, inicialmente, que o sentido conferido a esses termos está envolvido no contexto histórico da modernidade e inserido em uma cultura individualista e antropocêntrica que confere aos seres humanos a titularidade de direitos pelo simples fato de sua humanidade.⁴

³ Para uma análise da delimitação conceitual mais precisa desses termos, conferir o primeiro capítulo das obras de PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999 e PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999.

⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos...*, p.22. Conferir ainda, nesse sentido, a tese de BOBBIO de que o nascimento dos direitos humanos na era moderna coincide com a concepção individualista da sociedade: “no plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...]” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.4).

O termo ‘direitos naturais’ vincula-se a uma concepção jusnaturalista estruturada sobre as premissas de direitos inatos, razão humana e contrato social, que tem na teoria contratualista de John Locke sua expressão doutrinária⁵ e nas Declarações americanas e francesas sua expressão legal.⁶

‘Direitos morais’ também remetem à noção de direitos prévios ao Estado e ao Direito, mas remontam, de acordo com Gregorio Peces-Barba Martínez,⁷ à cultura anglo-saxônica, tendo como impulsionador Ronald Dworkin, cuja teoria jurídica opera uma fusão das questões morais e jurídicas. Dworkin busca a fundamentação moral não para todos os direitos jurídicos, mas ao menos para aqueles direitos constitucionais do cidadão contra o Estado que atendam às dimensões morais da equidade.⁸

Entretanto, o fato da anterioridade dos direitos morais dos Homens em relação ao Estado e ao Direito, no sentido de que não são produtos da legislação, aproxima-os dos direitos naturais e denota, segundo Peces-Barba Martínez, uma conotação jusnaturalista e redutível dos direitos à sua vertente liberal, dificultando a

⁵ Locke propõe uma análise acerca da origem das sociedades políticas baseada no consentimento. Os homens, por união voluntária e mútuo acordo, concordam em abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil, escolhendo, livremente, seus governantes e forma de governo. É justamente este pacto dos homens que origina o governo civil. Ressalte-se que em Locke os homens não nascem súditos de nenhum país nem governo; nascem livres (segundo o autor, nascem homens) e apenas tornam-se membros de um governo por consentimento (expresso ou tácito) quando atingem a maioridade. O fim principal para os homens abdicaram de seu estado de natureza e submeterem-se a um governo é a conservação da propriedade. Assim, como forma de limitação deste poder cuja função é “fazer leis para regular e preservar a propriedade”, Locke propõe a fragmentação do poder político estatal em poderes legislativo, executivo e federativo. (LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo: um ensaio referente à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. In: _____. Dois tratados sobre o governo. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martin Fontes, 1998. pp.377-601).

⁶ A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 4 de julho de 1776 foi o primeiro documento político a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo ser humano, nos seguintes termos: “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados”. Esses valores foram reforçados na Declaração de Direitos de Virginia, cujo art. 1º dispunha: “todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança” e reafirmados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789. Conferir COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.93-121.

⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos...*, p.31.

⁸ Sobre a fusão do direito constitucional e da teoria moral, Dworkin afirma que “nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.231). Conferir, ainda, o capítulo 7 da mesma obra.

compreensão dos direitos de participação política e dos direitos sociais, econômicos e culturais.⁹

As ‘liberdades públicas’, por sua vez, referem-se a direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e situam-se, assim, numa dimensão positivista. Entretanto, remetem apenas aos direitos de cunho individualista, garantidores da autonomia da vontade, sendo passíveis da crítica formulada por Antonio Enrique Perez Luño:

[...] mientras las libertades públicas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria el garantizar las esferas de autonomía subjetiva, los derechos fundamentales [...] tienen un significado más amplio y comprenden, junto a las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural.¹⁰

Vinculada de igual forma ao modelo liberal de Estado é a expressão ‘direito público subjetivo’, circunscrita às relações indivíduo/Estado e contemplando apenas os direitos do cidadão à não intervenção do Estado na sua esfera de liberdade de atuação. A utilização desta expressão, em regra, desprezaria tanto a atuação positiva do Estado na promoção dos direitos sociais dos indivíduos como a incidência destes direitos na relação entre particulares. Mais uma vez a crítica de Perez Luño:

La figura del derecho público subjetivo es una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo. De ahí que la pretensión de proyectar esa categoría a los supuestos actuales implique una distorsión.¹¹

A distinção conceitual entre ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ assume, para o presente trabalho, relevância destacada, visto que em geral a doutrina diferencia-os quanto ao âmbito de positivação dos direitos: interno ou internacional. Assim, ‘direitos fundamentais’ seriam aqueles direitos do homem positivados no ordenamento jurídico de determinado Estado, especialmente na Constituição, enquanto a expressão ‘direitos humanos’ é reservada aos direitos dos homens positivados nas declarações e tratados internacionais.

Nesse contexto enquadra-se a distinção conceitual formulada por Pérez Luño que adota como critério distintivo o “diferente grau de concreção positiva”. Assim, o conceito de direitos humanos teria contorno mais amplo, abarcando numa

⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos...*, p.35.

¹⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1984, p.51.

¹¹ PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado...*, p.34.

significação descritiva os direitos reconhecidos nas declarações internacionais e, numa análise prescritiva, as exigências que num dado momento histórico referem-se aos valores da dignidade, liberdade e igualdade humanas, ainda que não positivados. Os direitos fundamentais, por outro lado, poderiam ser definidos de forma mais precisa e delimitada espacial e temporalmente, englobando apenas aqueles direitos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo do Estado, em especial pela Constituição.¹²

A essa noção estritamente positiva dos direitos fundamentais tece-se a crítica de Peces-Barba Martínez, que procura conjugar, no conceito de ‘direitos fundamentais’, a dimensão ética, expressa no comprometimento destes direitos com o valor da dignidade humana, com a dimensão jurídico-positiva, que converte estes direitos em normas básicas materiais do ordenamento jurídico. O objetivo dessa orientação conceitual exposta pelo autor consiste em não incorrer em reducionismos jusnaturalistas que os termos ‘direitos naturais’ e ‘direitos morais’ poderiam conduzir, nem em excessiva orientação positivista levada a efeito pelas expressões ‘liberdades públicas’ e ‘direitos públicos subjetivos’.¹³

Entretanto, adotar a distinção conceitual majoritariamente aceita na doutrina entre direitos humanos e direitos fundamentais, reservando a estes o conceito de direitos dos homens reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico de determinado Estado,¹⁴ não significa olvidar o comprometimento dos direitos fundamentais com os valores da dignidade, fraternidade, igualdade e liberdade, valores que José Joaquim Gomes Canotilho denomina “raízes fundamentantes dos direitos fundamentais”,¹⁵ nem tampouco desprezar a possibilidade de abertura do ordenamento jurídico a outros direitos não positivados, denominados direitos materialmente, mas não formalmente, constitucionais. Estas questões, contudo, distanciam-se do âmbito

¹² PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p.46/47.

¹³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos...*, p.36-38.

¹⁴ Essa é, inclusive, o entendimento esposado por ALEXY, ao afirmar que “*direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo*”, ressaltando ainda que os direitos do homem insistem em sua institucionalização (ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Trad. Luiz Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, n.217, p.67-79, Rio de Janeiro, jul./set.1999, p.73.) e, na doutrina nacional, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 33.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.378.

terminológico para adentrar no âmbito da fundamentalização (ou fundamentação) dos direitos fundamentais, tratado mais adiante.

Por outro lado, a questão terminológica coaduna-se, de certa forma, com o enfoque adotado no estudo, sendo relevante apontar a lição de José Carlos Vieira de Andrade que destaca três perspectivas nas quais os ‘direitos fundamentais’ podem ser abordados: (i) perspectiva filosófica ou jusnaturalista, que toma em consideração os direitos de todos os homens, inerentes ao indivíduo iluminista dotado de razão, anteriores e superiores à sua positivação e, por isso, não delimitados temporal e espacialmente; (ii) perspectiva estadual ou constitucional, referindo-se aos direitos dos homens consagrados constitucionalmente por um Estado e, assim, delimitados no tempo e no espaço; e (iii) perspectiva universalista ou internacionalista, considerando os direitos de todos os homens em todos os países (ou em regiões do mundo) catalogados pela comunidade internacional em um determinado momento histórico.¹⁶

O mesmo autor expõe a relação que se pode estabelecer entre a terminologia e a perspectiva de análise adotada:

[...] poderíamos convencionar que da pluralidade de designações que nos oferece a matéria, a expressão ‘direitos fundamentais’, sem deixar de ser um super-conceito, designaria em sentido estrito os direitos constitucionalmente protegidos; à perspectiva internacionalista atribuir-se-iam o termo ‘direitos do homem’, ou, melhor ainda, o de ‘direitos humanos’, e guardar-se-iam as fórmulas ‘direitos naturais’, ‘direitos originários’, e em geral as que transportam uma carga afectiva (direitos ‘imprescritíveis’, ‘inalienáveis’, ‘invioláveis’) para a dimensão filosófica.¹⁷

Dessa forma, partindo-se das delimitações conceituais e da classificação das diversas perspectivas de análise possíveis, mas ciente tanto da existência de outras perspectivas não mencionadas (como a histórica, a sociológica etc.)¹⁸ quanto da inter-relação dessas perspectivas, assume-se uma postura teórica centrada na perspectiva estadual ou constitucional-positiva, preocupada, principalmente, com os direitos

¹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p.13-34.

¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.36.

¹⁸ Sobre as diferentes teorias dos direitos fundamentais que podem ser formuladas, ALEXY afirma que “no existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.27).

fundamentais positivados na ordenamento jurídico nacional, em especial na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Analisar os direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira significa efetuar um estudo de dogmática jurídica. Mas não uma dogmática positivista centrada, exclusivamente, na compreensão analítica da Constituição e dos direitos fundamentais. A dogmática que se desenvolve no presente estudo, adotando formulações da teoria estrutural dos direitos fundamentais elaborada por Robert Alexy, perpassa três dimensões, quais sejam, a analítica, a empírica e a normativa.

Na dimensão analítica trata-se do exame sistemático-conceitual do direito válido, mediante análise de conceitos fundamentais (conceito de norma, de norma de direito fundamental, de direito subjetivo etc.), atividade de construção jurídica (construção da relação entre âmbito de proteção e restrição dos direitos fundamentais, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, p. ex.), investigação da estrutura do sistema jurídico (a irradiação dos direitos fundamentais, p. ex.) e fundamentação jusfundamental (a ponderação e o manejo do princípio da proporcionalidade).¹⁹

O objeto da dimensão empírica consiste, de acordo com Alexy, no conhecimento do direito positivamente válido que, pressupondo um amplo conceito de direito e de validez, compreende tanto o direito legislado quanto a prática judicial (jurisprudência) e administrativa de aplicação dos direitos fundamentais, bem como envolve questões da eficácia do direito.²⁰

Constituem objeto da dimensão normativa a análise crítica do direito positivamente válido (práticas legislativa, judicial e administrativa) e o questionamento da correção da decisão formulada para o caso concreto. Essa análise pressupõe o preenchimento das lacunas valorativas que o direito positivo constatado na dimensão empírica deixa pendente de solução. Trata-se, portanto, da fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor.²¹

Alexy resume suas formulações nos seguintes termos:

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p.30.

²⁰ ALEXY, *Teoría de los...*, p.30.

²¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.32.

Para poder dar una respuesta a qué es lo jurídicamente debido, hay que conocer el derecho positivamente válido. El conocimiento del derecho positivamente válido es tarea de la dimensión empírica. El material dotado de autoridad obtenible en la dimensión empírica no basta, en todos los casos más o menos problemáticos, para fundamentar vinculantemente el juicio jurídico concreto de deber ser. Ello hace necesario recurrir a valoraciones adicionales y, así, a la dimensión normativa. Presupuesto de la racionalidad de toda ciencia es la claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia. Los numerosos problemas sistemático-conceptuales de los derechos fundamentales muestran cuán importante es el papel de la dimensión analítica dentro del marco de una ciencia práctica de los derechos fundamentales que desee asumir su tarea de una manera racional.²²

Dessa forma, a tridimensionalidade da dogmática jurídica justifica-se, na atualidade, pela assunção de uma racionalidade prática preocupada com a fundamentação racional e intersubjetivamente controlável de juízos concretos de dever ser, sobrelevando, por isso, a prática judicial e a perspectiva do juiz.

Uma análise atualizada do processo civil e, especificamente, da ação inibitória insere-se, justamente, num cenário de outorga de uma maior esfera de poder ao juiz que o permite adequar a técnica processual à situação conflitiva concreta, com vistas em realizar efetivamente o direito material. Inquestionável, portanto, a necessidade de que a estruturação da tutela inibitória dos direitos fundamentais perpassa a análise sistemática do direito processual válido e adequado à finalidade preventiva, o exame da atuação judicial na tutela preventiva e a avaliação crítica do direito positivo e da sua aplicação pelo judiciário.

1.2 ESTADO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Justificada a opção terminológica e a perspectiva dogmática centrada nos direitos fundamentais que, como “decisão iusconstitucional fundamental” juridicizam valores e orientam todo o ordenamento jurídico, importa tecer uma breve análise do modelo de Estado e sua correlação com o reconhecimento e a proteção de diversas gerações de direitos,²³ de forma a compreender as funções desempenhadas pelos

²² ALEXY, *Teoría de los...*, p.34.

²³ Ciente da crítica à expressão “gerações” (na doutrina nacional sustentada, primeiramente, por Paulo Bonavides. Para tanto, conferir BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.525 e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2.

direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988 no Estado democrático brasileiro.²⁴

Perez Luño destaca duas perspectivas de análise desta imbricação: genética e funcional. Na perspectiva genética, o Estado de Direito, para poder ser assim qualificado, exige a garantia dos direitos fundamentais, enquanto a realização dos direitos fundamentais, por sua vez, exige que o Estado esteja organizado na forma de Estado de Direito. Na perspectiva funcional, o tipo de Estado de Direito (se liberal ou social) é determinado pelo alcance e significado que a respectiva Carta Constitucional confira aos direitos fundamentais, enquanto o conteúdo dos direitos fundamentais é condicionado pelo tipo de Estado de Direito que os formulam. Na dicção do próprio autor, “[...] cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de Derecho”.²⁵

Dessa forma, a Modernidade vê nascer como coetâneos o Estado de Direito, o movimento do constitucionalismo e a proteção e positivação dos direitos fundamentais, produtos do movimento liberal burguês surgido contra a opressão de um regime absolutista.²⁶ Essa idéia foi manifestada no conhecido art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao proclamar que o Estado, no qual não

ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p.39) no sentido de que a mesma pode induzir à falsa compreensão de que os direitos de uma nova geração substituem os da antecedente, e da anunciada vantagem do termo “dimensões” que denota a idéia de um processo cumulativo, de complementariedade e de indivisibilidade dos direitos fundamentais, segue-se no trabalho utilizando a expressão “gerações” com a presente ressalva, de forma a não causar confusão com as referências às diferentes dimensões (subjética e objetiva) que os direitos fundamentais apresentam. Em sentido diverso do aqui adotado, optando pela terminologia “dimensões” para a temática classificatória dos direitos fundamentais e por “perspectivas objetivas e subjéticas” para ressaltar as funções que os direitos fundamentais podem exercer, Ingo Wolfgang Sarlet afirma “em que pese o uso habitual da terminologia ‘dimensões objetiva e subjética’, convém ressaltar que, com o objetivo de evitar eventuais equívocos relacionados ao problema das diversas dimensões (como sucedâneo do termo gerações”) dos direitos fundamentais, preferimos utilizar a expressão ‘perspectiva objetiva e subjética’” (SARLET, *A eficácia dos...*, p.146, nota de rodapé nº 334).

²⁴ O objetivo da presente análise não constitui traçar o panorama histórico da conformação e do reconhecimento dos direitos humanos desde a Revolução Inglesa, passando pela Americana e Francesa até o movimento contemporâneo denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para tanto, conferir COMPARATO, *A afirmação histórica...*; PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanzi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003 e BOBBIO, *A era dos direitos*.

²⁵ PEREZ LUÑO, *Derechos fundamentales*, p.26.

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t.IV. Coimbra: Coimbra, 1988, p.22 e SARLET, *A eficácia dos...*, p.49.

estivessem garantidos os direitos individuais e nem prevista a separação dos poderes, não possuiria, de fato, uma Constituição.

O constitucionalismo do Estado liberal refletia na sua gênese os ideais iluministas do séc. XVII e XVIII, marcadamente influenciados pelo pensamento contratualista de John Locke, segundo o qual os homens têm direitos inatos (vida, liberdade e propriedade) oponíveis, sobretudo, perante o Estado, cuja origem estaria na própria autovinculação dos homens. Assim, sobre uma base individualista e subjetivista, os direitos fundamentais reconhecidos nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental nasceram como limitação jurídica ao poder estatal, configurando-se como direitos subjetivos dos indivíduos. Os direitos fundamentais visavam garantir ao abrigo da intervenção do Estado uma esfera de liberdade e de autonomia individual dos homens. Receberam a denominação “direitos de defesa ou negativos”, porque dirigidos a uma abstenção dos poderes públicos, e a classificação como direitos de primeira geração, porque correspondem à fase inaugural do constitucionalismo.

Importa ressaltar que esse processo de positivação dos direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis do homem, de inspiração marcadamente jusnaturalista, representou, paradoxalmente, o apogeu e o declínio dessa corrente filosófica, haja vista, depois de positivado, não se admitir outro direito senão aquele emanado agora do Estado.²⁷ Inicia-se, atendendo à exigência da Modernidade de segurança jurídica, o reinado do positivismo.

Entretanto, já no séc. XIX eclodiram movimentos que deram nova roupagem aos direitos fundamentais. O processo de industrialização destacando o proletariado como protagonista de demandas sociais, o aumento progressivo do

²⁷ Na percutiente análise de Bobbio, Matteucci e Pasquino, “com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Luís G. P. Cacaís, João Ferreira, Gaetano L. Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varrialle. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p.659). Celso Lafer também observa que “[...] transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador [...]” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p.39).

desemprego, o Manifesto Comunista escrito por Marx e Engels em 1848 e o triunfo da Revolução Socialista na URSS em 1917 representaram movimentos de luta pela conquista de direitos econômicos, culturais e sociais, especialmente os direitos relacionados ao trabalhador.²⁸ Por outro lado, também a constatação de que a proclamação retórica da igualdade de todos perante a lei não correspondia a uma promoção efetiva dessa igualdade na realidade fática contribuiu para a elevar o brado por novos direitos.

Assim, na virada do séc. XIX para o séc. XX, nasceram os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda geração, “abraçados ao princípio da igualdade”, no dizer de Paulo Bonavides.²⁹ O marco da consagração desses direitos ao lado das liberdades individuais e, portanto, da transição do Estado liberal para o Estado social de Direito, vem a ser a Constituição alemã de Weimar de 1919, encontrando difusão especialmente no segundo Pós-Guerra.

Os direitos de segunda geração (direito ao trabalho, à saúde, à educação, à previdência etc.) caracterizam-se, principalmente, por impor ao Estado o cumprimento de prestações positivas, cobrando-lhe um comportamento ativo e não mais puramente omissivo. Não se pode olvidar, entretanto, da presença nesta geração de direitos das “liberdades sociais” (como o direito de greve e a liberdade de sindicalização) que, a despeito do caráter defensivo, correspondem à nova configuração do Estado social.

Importante ressaltar, ainda, que a previsão constitucional dos direitos de segunda geração interligados com a realização da justiça social imprimiu aos direitos fundamentais, para além da dimensão subjetiva que confere ao indivíduo posições subjetivas imponíveis perante o Estado³⁰, uma nova dimensão denominada objetiva, que consiste em compreendê-los como “um sistema axiológico que atua como

²⁸ Para uma abordagem da conquista dos direitos sociais, conferir SINGER, Paul. *A cidadania para todos*. In: PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanzi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, pp.191-263.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito...*, p.518. Sobre a passagem do Estado liberal para o Estado social, conferir BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

³⁰ A condição dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, inicialmente referidos aos clássicos direitos de liberdade, será analisada de forma mais detida no item 2 deste capítulo.

fundamento material de todo o ordenamento jurídico”³¹ e como fim diretivo da atuação dos poderes públicos.

Nesse sentido, Perez Luño compreende que com o avanço histórico de um modelo de Estado liberal de Direito para um Estado social de Direito há uma mudança do próprio significado dos direitos fundamentais, que deixam de ser meros limites ao exercício do poder político para ser também um conjunto de valores orientadores da ação positiva dos poderes públicos, adotando uma função de antecipar o horizonte emancipatório a alcançar.³²

Alterado o perfil do Estado e o conteúdo dos direitos fundamentais, a própria Constituição sofre modificações para abarcar, ao lado das garantias de liberdade, programas de ação dirigidos ao Estado visando ao bem-estar dos cidadãos, positivados na forma de normas programáticas, o que rendeu a caracterização de Constituição dirigente elaborada por Canotilho³³.

³¹ SARLET, *A eficácia dos direitos...*, p.66, que complementa sua análise afirmando que “a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui noção intimamente agregada à compreensão das suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar esse título”.

³² PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p.21.

³³ O conceito de Constituição dirigente foi elaborado por CANOTILHO em obra doutoral de 1982 (Consultou-se a edição atual: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001). O caráter dirigente da Constituição veio significar, numa contraposição às Constituições liberais que se limitavam a disciplinar o fenômeno estatal, que o texto constitucional do Estado social assumia a função de comandar a ação de um Estado intervencionista, impondo-lhe tarefas e fins a atingir, associando-se à idéia de um programa global de transformação da sociedade. A Constituição, nessa perspectiva, não é apenas um estatuto garantidor do existente, mas é também o esboço do porvir. Entretanto, o autor, efetuando uma revisão crítica do seu posicionamento, de forma a adaptá-lo à nova realidade de falência do Welfare State, do processo de globalização e da ascensão da pós-modernidade que se caracteriza pela incredulidade diante das metanarrativas, adota atualmente a “tese de relativização do dirigismo constitucional”, propugnando por um “constitucionalismo moralmente reflexivo”. Por não constituir objeto do presente trabalho, a questão segue aqui apenas referida. Sobre a revisão do pensamento do autor, conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e ciência política, n.15, 1996, pp.7-18; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Prefácio à 2ª edição da obra Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Palestra proferida por ocasião do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional realizado em Curitiba em 2002*. A doutrina constitucional brasileira vem se debruçando sobre a revisão do pensamento de Canotilho, manifestando, em parte, preferência pela posição original ao menos em relação ao dirigismo da Constituição brasileira de 1988. Para tanto, conferir: STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica constitucional e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; STRECK, Lênio Luiz. *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 2, Curitiba, 2002, p.26-64; BERCOVIVI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa, n.142, abril/junho 1999, p.35-51; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Juntamente com a programaticidade das normas-fim e normas-tarefa, foi reconhecida a normatividade jurídico-constitucional das mesmas. Isto é, reconheceu-se às normas programáticas a eficácia vinculativa atribuída às demais normas constitucionais, vinculando os poderes públicos como limites materiais negativos de competência, bem como, positivamente, impondo-os a tomar as normas programáticas como diretivas materiais de atuação, no sentido de realizá-las. Na precisa lição de Canotilho

Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que «impõem uma actividade» e «dirigem» materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: «simples programas», «exortações morais», «declarações», «sentenças políticas», «aforismos políticos», «promessas», «apelos ao legislador», «programas futuros», juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às «normas programáticas» é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição.³⁴

Há ainda outra transformação no conteúdo dos direitos fundamentais, gerada, principalmente, pelo precário desenvolvimento de algumas nações, pelo estado de beligerância, pelo impacto tecnológico, pelas crises ambientais, entre outros fatores que se expandem com rapidez e fluidez num mundo globalizado. Assim, assentados sobre a fraternidade ou solidariedade, nascem os direitos fundamentais de terceira geração que, sofrendo alterações notadamente no que diz respeito à sua titularidade, têm por destinatário não o indivíduo isoladamente considerado, mas “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.³⁵ São, por isso, direitos de titularidade difusa ou coletiva e podem ser exemplificados como o direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à conservação do patrimônio cultural, entre outros.

E, diante da globalização, não do neoliberalismo, mas da globalização política que diz respeito à universalização dos direitos fundamentais, Bonavides alude a uma quarta geração de direitos fundamentais, compreendida pela direito à democracia, à informação e ao pluralismo.³⁶

³⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1162.

³⁵ BONAVIDES, *Curso de direito...*, p.523.

³⁶ BONAVIDES, *Curso de direito...*, p.524/525.

Por outro lado, a assunção de políticas neoliberais pelo Estado o debilita perante o “Mercado” e as empresas globais, havendo um deslocamento das decisões políticas e econômicas para os atores privados. Nesse contexto, vislumbra-se dois fenômenos: (i) o Estado perde espaço na formulação e implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, diminui seu poder de garantir a eficácia dos direitos fundamentais, especialmente os sociais e (ii) não apenas o Estado constitui uma ameaça aos direitos fundamentais, mas também as empresas, associações e os próprios particulares.

Diante desse cenário admite-se uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas³⁷, pois, como afirma Daniel Sarmiento, “se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais”.³⁸

Em síntese, essa breve análise das gerações dos direitos fundamentais em conexão evolutiva com o modelo de Estado indica a historicidade³⁹ destes direitos e as mutações experimentadas pelos mesmos no que concerne ao seu conteúdo, dimensões, titularidade e eficácia. Dessa forma, na análise subsequente acerca da tutela dos direitos fundamentais não se pode olvidar que (i) os direitos fundamentais compreendem os direitos civis e políticos, ao lado dos direitos sociais, econômicos e culturais e dos direitos transindividuais, caracterizando-se pela indivisibilidade e interdependência, que significa que não há justiça social sem a efetiva fruição da liberdade e vice-versa; (ii) dos direitos fundamentais inferem-se tanto atuações negativas (direitos fundamentais como direitos de defesa) quanto positivas do poder público (direitos fundamentais como direitos a prestações); (iii) os direitos

³⁷ Como afirma Alexy, “actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia”. (ALEXY, *Teoría de los...*, p.510/511).

³⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.42.

³⁹ Por historicidade dos direitos fundamentais entende-se, na esteira Bobbio, que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, *A era dos direitos*, p.5).

fundamentais contemplam dimensões subjetiva e objetiva, fundamentando um direito subjetivo exigível perante o Estado e condensando os valores básicos da comunidade a servir como fim diretivo da atuação dos poderes públicos; (iv) a eficácia dos direitos fundamentais dirige-se tanto aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário quanto aos particulares, ainda que haja diferenças no *como* e *em que medida* se dá esta eficácia.

1.3 FUNDAMENTALIDADE

A conclusão parcial esboçada no item anterior de que os direitos fundamentais são aqueles positivados como tal no ordenamento jurídico de determinado Estado, em especial na Constituição, revela-se, entretanto, insuficiente para abarcar todos os direitos materialmente fundamentais.⁴⁰ A estreiteza de um critério puramente formal – a estabelecer que os direitos fundamentais seriam unicamente aqueles constantes do Título II da Constituição Federal brasileira – deixaria de lado tanto direitos constantes da Constituição, mas fora do catálogo, como, p. ex., o direito à saúde (art. 196), à educação (art. 208), à proteção do patrimônio cultural (art. 215 e 216), ao meio ambiente equilibrado (art. 225), só para citar alguns direitos reconhecidamente fundamentais pela doutrina, quanto direitos constantes de tratados internacionais.

Acrescente-se que esse critério não se revela constitucionalmente adequado à sistemática dos direitos fundamentais traçada pelo legislador constituinte pátrio, apresentando ao menos um problema: o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal permite, expressamente, a abertura constitucional a outros direitos fundamentais não expressados diretamente por seus enunciados normativos. Diante de norma semelhante

⁴⁰ Martin Borowski, apontando a carência decisiva da qual padecem todas as variantes do conceito formal de direito fundamental, ressalta a necessidade de conjugá-lo a um critério material, pois, como afirma, “los conceptos formales de derecho fundamental ciertamente pueden ser útiles para el trabajo práctico, pero en caso de duda resula imprescindible acudir a un concepto material” (BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.35).

no Direito lusitano (art. 16º/1)⁴¹, Canotilho a denomina “norma de *fattispecie* aberta” para ressaltar a abertura a outros direitos fundamentais para além da positivação.⁴²

Ingo Wolfgang Sarlet formula uma hermenêutica adequada do significado e alcance do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, extraindo desse preceito a existência de direitos fundamentais, para além dos expressamente catalogados no Título II da Carta Constitucional, que podem encontrar-se (i) em outras partes do texto constitucional, (ii) sediados em tratados internacionais, (iii) bem como podem mesmo constituir direitos não escritos, sejam eles subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.⁴³

Para se referir às normas de direitos fundamentais que não se podem inferir diretamente da Constituição, Alexy desenvolve o conceito de normas de direito fundamental adscritas. As normas adscritas possuem uma relação de precisão e de fundamentação com o texto constitucional. Isso significa que as normas adscritas são necessárias para precisar a aplicação no caso concreto de uma norma de direito fundamental expressada na Constituição e que a norma adscrita está fundamentada na norma constitucional.⁴⁴

Não se ignora, porém, o problema de se estabelecer quais normas podem ser adscritas às normas de direito fundamental expressamente previstas na Constituição e, principalmente, quais adscrições são realizadas em conformidade com o direito. Para tanto, Alexy formula o seguinte critério: “una norma adscrita vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una *fundamentación iusfundamental correcta*”.⁴⁵ Conjugam-se, mais uma vez, critérios analíticos, empíricos e normativos, que podem ser manifestados, respectivamente, na importância dos enunciados normativos de direitos fundamentais constantes na Constituição, dos precedentes

⁴¹ Art 16º/1 da Constituição da República Portuguesa: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”.

⁴² CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.403.

⁴³ SARLET, *A eficácia dos direitos...*, p.86 e ss.

⁴⁴ ALEXY, *Teoría de los...*, p.69/70.

⁴⁵ ALEXY, *Teoría de los...*, p.71.

jurisprudenciais e do consenso dogmático e dos argumentos práticos na fundamentação racional.

Por fim, Alexy generaliza o conceito de fundamentação jusfundamental de forma a abarcar todos os direitos fundamentais, sejam eles expressamente previstos pelo legislador constituinte, sejam adscritos. Assim, são normas de direito fundamental aquelas para as quais é possível uma fundamentação sobre a base de direitos fundamentais racionalmente correta.

Coadunado com essa concepção, Alexy formula, ainda, como idéia regente da análise das possibilidades de adscrição, um conceito formal de direito fundamental: os direitos fundamentais são posições tão importantes que a sua garantia ou denegação não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar.⁴⁶

Explicitando esse conceito, Martin Borowski salienta sua natureza procedimental em razão de referir-se a uma questão de competência entre o legislador constituinte e o ordinário a decisão acerca do conteúdo dos direitos fundamentais, bem como afirma a conjugação de critérios formais e materiais nessa conceituação procedimental:

Lo formal en este criterio es que no explicita aquello que pueda ser tan importante como para que deba ser reservado a la decisión exclusiva del constituyente. Con todo, en razón de la transformación intencional de los derechos humanos en derechos fundamentales, el concepto de importancia debe ser determinado de acuerdo con una concepción de los derechos humanos, circunstancia que vincula el concepto procedimental de derecho fundamental con el mundo de lo material.⁴⁷

Assim, o fato de esse conceito trazer em sua fórmula a idéia imprecisa de “importância” não se apresenta deficiente, senão que ampla para poder abarcar diferentes concepções materiais acerca dos direitos fundamentais.

Grande parte da doutrina, tanto alienígena quanto nacional, assenta a concepção material dos direitos fundamentais sobre a dignidade da pessoa humana, que confere unidade de sentido à Constituição e ao sistema de direitos fundamentais.⁴⁸

⁴⁶ ALEXY, *Teoría de los...*, p.432.

⁴⁷ BOROWSKI, *La estructura de...*, p.37.

⁴⁸ Ainda que não se adentre na discussão teórica acerca do conceito de sistema, salienta-se, contudo, que a expressão “sistema de direitos fundamentais” não é utilizada no sentido de um sistema autônomo e fechado (isento de lacunas), mas sim na concepção expressada por Sarlet, para quem “em se reconhecendo a existência de um sistema de direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e

O próprio Alexy, ao lado de formular um conceito formal de direitos fundamentais, adverte que, sob a Lei Fundamental alemã uma concepção material ampla dos direitos fundamentais remete ao conceito da dignidade da pessoa humana,⁴⁹ proclamado no art. 1º/1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.⁵⁰

Ademais, Alexy salienta que o fato da Lei Fundamental conter, no capítulo sobre direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores – que como “decisão jusconstitucional fundamental” irradia-se sobre todo o direito ordinário e fixa diretrizes para o Legislativo, Executivo e Judiciário – tem por consequência revestir a Constituição de um conteúdo substancial. Na expressão do autor: “con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico”.⁵¹

No direito lusitano, Jorge Miranda ressalta o fato de a Constituição de 1976 ser a primeira carta daquele país a declarar de forma expressa a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico, constituindo, também, o valor no qual repousa a unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais.⁵²

Vieira de Andrade, por sua vez, ao lado de sublinhar a unidade de sentido conferida pelo princípio da dignidade da pessoa humana ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais, esboça entendimento restritivo para identificar materialmente os direitos fundamentais, apontando como critérios: (i) o “radical subjetivo”, ou seja, a consagração de posição jurídica subjetiva individual; (ii) destinação direta à garantia de bens jurídicos pessoais ou de posições ou relações pessoais e (iii) referência à idéia de Homem e à sua dignidade.⁵³ Canotilho, entretanto, critica, por conduzir a resultados constitucionalmente inadequados, esta tradição

desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”. (SARLET, *A eficácia dos...*, p.79/80).

⁴⁹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.434.

⁵⁰ Art. 1º/1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e de a proteger” (*Apud* CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.141).

⁵¹ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico y razón práctica*. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p.159.

⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t.IV. Coimbra: Coimbra, 1988, p.166/167.

⁵³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.93 e ss.

doutrinal de apontar como critério distintivo dos direitos materialmente fundamentais o “radical subjetivo”, salientando que os direitos fundamentais têm por base não o Homem individual, mas o Homem inserido em relações sociais políticas e econômicas e em grupos de diferente natureza e função, embasando a consagração de direitos fundamentais de associações e organizações (direitos de pessoas coletivas).⁵⁴

No direito nacional, apoiados na proclamação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil logo no primeiro artigo da Constituição (art. 1º, III), há certo consenso doutrinário quanto à concepção de que a dignidade da pessoa humana confere unidade à Constituição e ao sistema de direitos fundamentais, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Além disso, e no quanto interessa para a questão da fundamentalidade material, Sarmento destaca a função da dignidade da pessoa humana como critério para o reconhecimento de direitos fundamentais atípicos.⁵⁵ Paulo Gustavo Gonet Branco, por seu turno, conjuga o requisito da referência ao valor da dignidade humana com a idéia regente formulada por Alexy para caracterizar os direitos materialmente fundamentais não previstos no catálogo da Carta Constitucional.⁵⁶

Sarlet, em obra dedicada especificamente ao tema, amparado na distinção entre texto e norma e na classificação das normas em regras e princípios (questões que serão retomadas mais adiante), observa que do dispositivo constitucional que enuncia a dignidade da pessoa humana pode-se reconhecer uma norma-princípio da dignidade da pessoa humana com diferentes funções⁵⁷, bem como normas das quais podem ser deduzidas, inclusive diretamente, posições jurídico-subjetivas autônomas, isto é, direitos fundamentais não constantes do Catálogo.⁵⁸ O mesmo autor, porém, ressalva que a dignidade humana não constitui critério exclusivo para a aferição de

⁵⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.406/407.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.57 e ss.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2002, p.161.

⁵⁷ Essas funções seriam: critério aferidor da legitimidade substancial da ordem jurídico-constitucional e da sua unidade axiológica, função hermenêutica como parâmetro para interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico e elemento fundante e informador de todos os direitos fundamentais, ainda que a vinculação a este princípio ocorra em graus de intensidade diferentes, só para citar algumas funções.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, especialmente itens 3.2, 4.1 e 4.3.

direitos materialmente fundamentais, podendo-se utilizar outros direitos ou princípios fundamentais como referenciais.⁵⁹ Da mesma forma, não é qualquer remissão indireta à dignidade humana que conferirá a uma posição jurídica a condição de materialmente fundamental.

Assim, como ressalta Alexy, a tarefa de inferir enunciados concretos de direitos fundamentais não se realiza nem partindo-se apenas da concepção formal, nem da material e nem da mera combinação das duas. A fundamentação jusfundamental correta, como já foi anunciado, é tarefa da argumentação substancial com base no direito constitucional.⁶⁰

Prefere-se, dessa forma, adotar a conceituação dos direitos fundamentais formulada no direito pátrio por Sarlet, expressamente baseada na doutrina de Alexy, haja vista conjugar a fundamentalidade formal e material sem perder a abertura ao reconhecimento de novas normas de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.⁶¹

⁵⁹ SARLET, *Dignidade da pessoa...*, p.103. O autor traz como exemplos de princípios que podem ser utilizados como referenciais para a identificação de direitos implícitos, o direito ao meio ambiente, o direito à ampla defesa, dentre outros.

⁶⁰ ALEXY, *Teoría de los...*, p.435.

CAPÍTULO 2

DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROTEÇÃO

2.1 DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO DEVER OBJETIVO DE PROTEÇÃO AO DIREITO À PROTEÇÃO

A doutrina atualmente compartilha o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam duas dimensões – subjetiva e objetiva – sendo esta última especificamente importante para o desenvolvimento da categoria “deveres de proteção” a partir da qual intentar-se-á compreender a proteção preventiva dos direitos fundamentais.

Observe-se que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais veio agregar-se à já tradicional dimensão subjetiva, reforçando-a, constituindo o que a doutrina convencionou chamar de “dupla dimensão dos direitos fundamentais”. Convém anotar, também, que a dimensão objetiva não está referida à mera existência de um dispositivo de direito objetivo que preveja uma posição jurídica subjetiva, mas sim corresponde a uma função autônoma com conteúdos normativos distintos, que confere um reforço de juridicidade às normas de direitos fundamentais⁶², numa espécie de “mais valia jurídica”, para utilizar a expressão consagrada por Vieira de Andrade.⁶³

Considerando a atribuição doutrinária e jurisprudencial de uma multiplicidade de conteúdos e desdobramentos à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, procurar-se-á, em apertada síntese que remete às formulações de Sarlet,⁶⁴ condensar as funções que os direitos fundamentais ostentam na sua dimensão

⁶¹ SARLET, *A eficácia dos...*, p.85.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos...*, p.148 e VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.110/111.

⁶³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.138.

⁶⁴ SARLET, *A eficácia dos...*, p.150 e ss que, por sua vez, extrai algumas noções de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.111 e ss.

objetiva, partindo-se da distinção travada no seu âmbito entre o aspecto axiológico e o aspecto de reforço de juridicidade ou “mais valia jurídica”.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais na acepção axiológica significa que estes traduzem os valores fundamentais de uma determinada sociedade, juridicizados na Carta Constitucional, e implica: (i) o dever de valorar a eficácia dos direitos fundamentais não apenas sob o ponto de vista dos indivíduos, mas também sob a perspectiva da comunidade, uma vez que expressam valores e fins que a comunidade almeja; (ii) a eficácia dirigente em relação aos órgãos do legislativo, executivo e judiciário para que estes realizem positivamente os direitos fundamentais e (iii) parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.

Na acepção de reforço de juridicidade das normas de direito fundamental trata-se da atribuição de novos conteúdos aos direitos fundamentais que complementam e reforçam sua eficácia normativa, de forma autônoma e não atrelada à dimensão dos direitos fundamentais como posições subjetivas individuais. Dessa forma, os direitos fundamentais possuem as seguintes forças-jurídicas autônomas: (i) eficácia irradiante, significando que as normas de direito fundamental servirão de diretrizes para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do Direito; (ii) eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também denominada eficácia horizontal; (iii) garantias institucionais, no sentido de proteger determinadas instituições de direito público e institutos de direito privado da ação erosiva do legislador, sem conferir o respectivo direito subjetivo; (iv) dever de proteção, obrigando o Estado a adotar medidas que confirmam proteção fática e normativa efetiva aos direitos fundamentais contra ameaças e agressões provindas de terceiros; e (v) parâmetro para a criação e estruturação de organizações e procedimentos que auxiliem na efetivação da proteção aos direitos fundamentais.

Diante disso, e para melhor compreender essas funções exercidas pelos direitos fundamentais, impõe-se tecer breves considerações acerca da construção doutrinária e jurisprudencial da denominada ‘dimensão objetiva dos direitos fundamentais’ que, conforme anotado anteriormente, coincidiu, de certa forma, com a

previsão constitucional dos direitos sociais e teve especial desenvolvimento na Alemanha do segundo Pós-Guerra, sob a égide da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Isto porque, se antes os direitos fundamentais restringiam-se a limitar o exercício do poder político, eles passaram a incorporar também função de orientar a ação positiva do Estado, o que pressupõe que se compreendam os direitos fundamentais como expressão das decisões valorativas consagradas na normativa constitucional.⁶⁵

Entretanto, importa consignar que já sob a égide da Constituição de Weimar de 1919 desenvolveu-se a doutrina da garantia institucional, especialmente pela teorização de Carl Schmitt, de grande importância para o desenvolvimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A preocupação central dessa teoria consiste em resguardar determinadas instituições (de direito público) e institutos (de direito privado) da ação do Estado, especialmente do legislador. Formula-se, portanto, uma proibição dirigida ao legislador para que este não elimine ou ofenda o conteúdo essencial de certas instituições jurídicas, sem, contudo, conferir ao indivíduo o correspondente direito subjetivo. Daí se infere que a teoria da garantia institucional limita-se a conferir uma proteção meramente objetiva a bens jurídicos reputados fundamentais.⁶⁶

Mencione-se, também, a teoria da Constituição como integração, de Rudolf Smend, que, baseado em postulados axiológicos, compreendeu os direitos fundamentais como decisões sobre valores em uma dada comunidade, afastando-se da teoria subjetiva liberal centrada no indivíduo em oposição ao Estado, e a Constituição como um sistema de valores, cuja função é promover a integração na comunidade.⁶⁷

⁶⁵ Compartilha-se, no presente trabalho, o entendimento daqueles que consideram o sistema de valores como uma decisão constitucional fundamental que informa todo o ordenamento jurídico, sem, contudo, adentrar em discussões que podem advir dessa afirmativa. Uma delas é a discussão que opõe o relativismo cultural ao universalismo. A outra, a crítica contundente à concepção da Constituição como ordem de valores, tecida a doutrina estrangeira por Jürgen Habermas, Friedrich Muller, e, na doutrina nacional, por Gisele Cittadino, Marcelo Galuppo, Marcelo Cattoni, entre outros, sustentando, em linhas gerais, que a insegurança na jurisdição constitucional e o déficit de racionalidade gerado pela vagueza inerente aos valores ofenderia o princípio democrático. Cf. SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.143 e ss.

⁶⁶ A breve referência à teoria das garantias institucionais teve por base as lições de Paulo Bonavides em BONAVIDES, *Curso de direito...*, especialmente o cap. 15, intitulado “As garantias constitucionais e as garantias institucionais na Constituição de 1988”.

⁶⁷ *Apud* BONAVIDES, *Curso de direito...*, p.575 e ss.

A dimensão axiológica da Constituição e dos direitos fundamentais, formulada por Smend, teve importância fundamental para a hermenêutica constitucional e possibilitou o desenvolvimento da teoria da eficácia irradiante destes direitos sobre todo o ordenamento jurídico.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais significa, por um lado, que os direitos fundamentais operam como diretrizes para a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário e, por outro lado, que os mesmos devem servir de parâmetro para a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, exigindo uma releitura de todo o direito positivo à luz dos valores sediados nos princípios fundamentais.

Paradigmática no que diz respeito à dimensão objetiva é a decisão judicial proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso Lüth, em 1958, que conduz à relevante formulação para a dogmática dos direitos fundamentais da eficácia de irradiação destes direitos sobre toda a ordem jurídica:

[...] uma vinculação do juiz aos direitos fundamentais na solução do litígio no campo do direito privado *não se verifica de modo directo*, mas apenas na medida em que a Lei Fundamental, no seu capítulo sobre os direitos fundamentais, simultaneamente erigiu uma ordem objectiva, que, como decisão jurídico-constitucional fundamental, deve valer para todos os ramos do direito, influenciando, assim, também o direito privado.⁶⁸

Alexy destaca os conceitos de ‘valor’ e de ‘ordem objetiva’ para demonstrar como o Tribunal Constitucional Federal alemão, desde a sentença Lüth, vem tratando a eficácia de irradiação nas normas jusfundamentais sobre todo o sistema jurídico, citando outro julgado do próprio Tribunal:

De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.⁶⁹

Para demonstrar a possibilidade de, partindo-se de direitos subjetivos fundamentais, extrair uma ordem objetiva de valores que irá influir em todas as posições do sistema jurídico, Alexy propõe efetuar uma tríplice abstração sobre o

⁶⁸ BVerfGE 73, p. 261 *Apud* CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.44.

princípio fundamental, na seguinte forma: primeiro abstrai-se a dimensão subjetiva (a titularidade do direito) para que o dever relacional (se A tem perante o Estado E um direito a G, então E tem perante a A um dever a G) converta-se em dever não relacional (simplesmente o dever de E com respeito a G); em seguida abstraem-se o destinatário do direito e as peculiaridades do objeto para que se obtenha o princípio em nível supremo de abstração que irá influir em todo o sistema jurídico.⁷⁰

Ressalte-se, por outro lado, que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da dimensão objetiva dos direitos fundamentais permitiu a elaboração de algumas categorias essenciais para a dogmática dos direitos fundamentais, como a categoria dos deveres de proteção e da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, especialmente relevantes para este estudo, bem como a categoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, todas referidas inicialmente à dimensão objetiva.

A teoria do dever de proteção, ensejada pela perspectiva objetiva, vem impor ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais contra agressões ou ameaças provindas de terceiros, ou seja, extrapola-se a concepção tradicional do dever de abstenção do Estado para concebê-lo também como obrigado a proteger e promover efetivamente e positivamente os direitos fundamentais. De acordo com Vieira de Andrade, “a concepção do Estado-prestador, associada aos direitos sociais, abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efectiva”.⁷¹

Ressalte-se, entretanto, que o dever de proteção, ainda que sua elaboração teórica coincida com a nova roupagem assumida pelo Estado com a previsão dos direitos sociais, diz respeito a todos os direitos fundamentais, inclusive

⁶⁹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.507, referindo ao julgado BverfGE 39, 1 (41).

⁷⁰ Para esclarecer a tríplice abstração, convém trazer um exemplo do próprio Alexy com base no direito de A perante o Estado para que este não lhe impeça de manifestar livremente sua opinião. A primeira abstração conduz à formulação do dever *prima facie* de o Estado omitir intervenções na liberdade de opinião. Após a segunda e a terceira abstração que, respectivamente, impõem abstrair o destinatário do direito (o Estado) e as peculiaridades do objeto (a omissão de intervenções), resta um simples “dever ser da liberdade de opinião”, sendo com este conteúdo que o princípio irá influir em todo o sistema jurídico. (ALEXY, *Teoría de los...*, p.507-509).

⁷¹ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.143.

aos direitos liberais (direito à vida, à liberdade etc.). É nesse sentido que Gonet Branco afirma que

[...] os direitos de defesa apresentariam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso atribuindo-lhe reforço de efetividade.⁷²

Dessa forma, os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais não apenas de forma a dar cumprimento ao dever principal (de abstenção ou prestação, conforme se trate de direito de defesa ou direito a prestação, respectivamente), mas também de forma a promover e proteger os direitos fundamentais de todas as gerações perante ameaças e condutas lesivas provenientes de terceiros, assegurando sua efetividade.⁷³

Esse dever de proteção dirige-se às atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado.⁷⁴ O legislador deve editar normas, inclusive penais e processuais, que dispensem tutela especialmente preventiva aos direitos fundamentais. À administração, por sua vez, incumbe agir materialmente prevenindo e reparando lesões perpetradas por particulares contra os direitos fundamentais. Por fim, o Poder Judiciário tem o dever de, na prestação da tutela jurisdicional, adotar exegese normativa mais consentânea com a Constituição e que confira maior efetividade às disposições de direitos fundamentais, bem como exercer o dever de correção e aperfeiçoamento da legislação quando se trata de proteger os direitos fundamentais. Assim, o Estado deve assegurar em toda a sua atuação uma proteção ampla e efetiva aos direitos fundamentais.

A atividade estatal na proteção dos direitos fundamentais sujeita-se a controle com base no princípio da proibição de insuficiência, elaborado dogmaticamente por Claus-Wilhelm Canaris⁷⁵ e que será analisado mais detidamente

⁷² GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e...*, p.154.

⁷³ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.142.

⁷⁴ Borowski afirma que “es legítimo entender que la garantía de una protección efectiva no se agota en la legislación, sino que también se supone que la protección se consigue mediante la aplicación de la ley por parte de la administración y de la jurisdicción” (BOROWSKI, *La estructura de...*, p.115, nota de rodapé n. 190).

⁷⁵ CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

adiante, significando que o legislador, a administração e o Judiciário têm o dever de assegurar um nível mínimo adequado de proteção aos direitos fundamentais.

Uma questão de suma importância para o desenvolvimento do presente trabalho e que tem suscitado polêmica doutrinária consiste na possibilidade de extrair-se, dos deveres de proteção, direitos subjetivos individuais à proteção exigíveis em face do Estado, ou seja, diz respeito à subjetivação de posições em princípio limitadas à juridicidade meramente objetiva.⁷⁶

Alexy destaca que este é um problema que acomete, de forma geral, os direitos a prestações em sentido amplo (categoria na qual o direito à proteção enquadra-se, conforme será analisado), porque expressos em dispositivos normativos coma seguinte estrutura: a norma “*N*” obriga o Estado a realizar uma ação “*h*”, mas nada diz se “*a*” tem a esse respeito um direito ante o Estado. Portanto, exige-se uma fundamentação específica, mais consistente e que vá além do quanto estabelecido na norma, para dizer que o indivíduo tem o direito subjetivo à prestação estatal, inferindo-a da norma de direito fundamental.⁷⁷

Nessa problemática, tome-se o exemplo do dever do Estado de proteção ao meio ambiente (art. 225 da Constituição Federal). Não resta dúvida de que o Estado, além da obrigação de abster-se de afetar o meio ambiente, está obrigado a protegê-lo “para as presentes e futuras gerações”. Igualmente não se pode duvidar de que o Estado tem o dever de proceder a esta proteção por meio de normas de direito ambiental, administrativo e, inclusive, penal e processual, bem como por meio de fiscalização e imposição de sanções. A questão é saber se, em razão deste dever estatal, o sujeito (individual ou coletivo) tem o direito subjetivo constitucional a determinada medida protetiva e, conseqüentemente, se pode exigí-lo judicialmente.

Alguns doutrinadores, entre eles Vieira de Andrade, sustentam, em termos gerais, uma juridicidade meramente objetiva aos deveres de proteção, considerando a existência de um dever estatal de promover e proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, sem, contudo, conferi-los o correspondente direito

⁷⁶ SARLET, *A eficácia dos...*, p. 158/159.

⁷⁷ ALEXY, *Teoría de los...*, p.175/176.

subjetivo à proteção. Dessa forma, este autor cobra cautela na re-subjetivização das funções objetivas dos direitos fundamentais, afirmando que

[...] só é de aceitar um *direito subjectivo à protecção estadual* (correspetivo de um dever de protecção) quando se trate de uma actuação pública que seja *indispensável* à realização ou à salvaguarda de um determinado direito subjectivo, nos seus aspectos nucleares, designadamente numa situação de perigo perante terceiros, podendo ser relevante a circunstância de haver previsão constitucional expressa de um *dever especial de protecção*.⁷⁸

Haveria, nessa perspectiva, uma obrigação não relacional do Estado a uma ação, que pode ser expressa no seguinte enunciado: “O Estado está obrigado a proteger os direitos fundamentais dos titulares de direitos fundamentais”. Simbolizando o sujeito da obrigação com “*e*”, o objeto da obrigação com “*G*” e a modalidade deôntica de mandado com o operador deontológico “*O*”, obtém-se o seguinte enunciado: *OeG* ou, considerando que o sujeito da ação é o mesmo sujeito da obrigação (o Estado), simplesmente *OG*.⁷⁹

A questão acerca de se ao dever de proteção objetivo do Estado corresponde um direito subjetivo do cidadão no sentido de uma pretensão individual processável foi também enfrentada por Konrad Hesse. O autor admite que se infira com base no dever de proteção uma decisão acerca do “*se*” o Estado tem a obrigação de tornar-se ativo para proteger os direitos fundamentais de violações e ameaças por terceiros e, nesse sentido, admite que “nasce uma pretensão a isto, *que* o Estado, para o cumprimento de seu dever, torne-se ativo, a qual, na via judicial [...] pode ser feita valer”.⁸⁰ Entretanto, na medida em que os direitos fundamentais, como direitos objetivos, nada dizem a respeito do “*como*” o Estado deve agir para atender ao dever de proteção, o autor não reconhece a possibilidade de inferir-se um direito subjetivo individual a medidas de proteção estatais determinadas, exceto quando o espaço de conformação do Estado for reduzido a “zero”.⁸¹ Retornar-se-á a esta questão quando da análise da estrutura normativa dos direitos de proteção.

⁷⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.152.

⁷⁹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.201/202.

⁸⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p.280.

⁸¹ HESSE, *Elementos de direito...*, p.278-281.

A doutrina mais atualizada e autorizada⁸² tem se posicionado no sentido de admitir a possibilidade de deduzir-se das normas de direitos fundamentais (tendo por base o dever de proteção do Estado) direitos subjetivos individuais a medidas ativas (normativas ou materiais) de proteção por parte do Estado, perante ameaças e agressões providas de terceiros. Percebe-se, desde logo, adiantando um tema que será retomado adiante, que o direito a proteção constitui um direito a prestação do Estado, pois está a exigir uma atuação positiva deste.⁸³

Admite-se, portanto, a subjetivização dos deveres de proteção do Estado, concebendo-se o dever de proteção como uma obrigação relacional trilateral entre o titular do direito fundamental “*a*”, o Estado “*e*” e o objeto da obrigação “*G*”, que pode ser expresso nas seguintes formas:

(1) *a* tem perante a *e* um direito a que este proteja seus direitos jusfundamentais de intervenções de terceiros; e

(2) *e* está obrigado perante a *a* a proteger seus direitos jusfundamentais de intervenções de terceiros.

Dessa forma, do dever de proteção do Estado corresponde um direito à proteção do indivíduo, enunciado nos seguintes termos: $OeaG \leftrightarrow DaeG$. Como afirma Alexy, “el que *DabG* sea equivalente a *ObaG* expresa que los enunciados sobre derechos a algo y los enunciados sobre obligaciones relacionales describen lo mismo, una vez desde la perspectiva de *a* y otra desde la perspectiva de *b*”.⁸⁴

Nesse sentido, Alexy sustenta um “argumento de otimização” segundo o qual a subjetivização dos direitos à proteção pode ser fundamentada com base no caráter de princípios dos direitos fundamentais. Todo princípio, como mandado de otimização, exige ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, tema que será retomado oportunamente. Assim, devido ao caráter

⁸² Mencionar-se-á, adiante, os autores que admitem a existência de direitos subjetivos à proteção estatal.

⁸³ Nesse sentido, manifesta-se Sarmiento: “Entende a mais autorizada doutrina que do reconhecimento dos deveres de proteção é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, através de providencias normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que possam sofrer em razão da atuação de terceiros. Portanto, estes direitos à proteção constituem direitos prestacionais *lato sensu*, já que envolvem uma atividade ativa por parte dos poderes públicos e não uma simples abstenção. (SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.161/162).

⁸⁴ ALEXY, *Teoría de los...*, p.202.

principiológico das normas de direitos fundamentais, o reconhecimento de direitos subjetivos significa a realização do direito fundamental em um grau maior que a mera previsão de obrigações estatais de cunho objetivo. Um mero mandado objetivo de proteção dirigido ao Estado seria menos do que um direito subjetivo do indivíduo com o mesmo conteúdo.⁸⁵

Canotilho, acolhendo nesse particular a doutrina de Alexy da subjetivização dos direitos fundamentais, aponta para uma “presunção em favor da dimensão subjetiva”, que implica considerar que, a princípio, o direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual subjetivo. Essa formulação tem, para o autor, “a vantagem de apontar para o dever objetivo de o Estado conformar a organização, procedimento e processo de efectivação dos direitos fundamentais, de modo que o indivíduo possa exigir algo de outrem e este tenha o dever jurídico de satisfazer esse algo”.⁸⁶

Na doutrina nacional, igualmente, essa argumentação de Alexy obteve repercussão. Sarlet sustenta a existência de uma presunção em favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, que importa na possibilidade do titular do direito fundamental exigi-lo judicialmente, ainda que reconheça que o grau de exigibilidade (ou justiciabilidade) dos direitos fundamentais seja de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental.⁸⁷ Ainda segundo Sarlet, a efetiva justiciabilidade dos direitos fundamentais está vinculada à problemática da “possibilidade de deduzir, das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, posições jurídicas subjetivas individuais”.⁸⁸

Sarmiento também reconhece a aplicação, no ordenamento jurídico pátrio, da teoria dos deveres de proteção, agregando aos direitos fundamentais uma nova dimensão prestacional, que pode ser exigida do Estado na forma de direito subjetivo individual à proteção.⁸⁹

⁸⁵ ALEXY, *Teoría de los...*, p.440. Na doutrina nacional, recepcionando os ensinamentos de Alexy, SARLET, *A eficácia dos...*, p.159/160.

⁸⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional e...*, p.1243.

⁸⁷ SARLET, *A eficácia dos...*, p.158/159.

⁸⁸ SARLET, *A eficácia dos...*, p.224.

⁸⁹ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.160 e ss.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, pensando o direito à efetividade da tutela jurisdicional a partir do dever do poder público (legislador e juiz) de prestar proteção tanto normativa quanto fática dos direitos fundamentais, não hesita em reconhecer ao indivíduo um direito à proteção, que tem como corolário o direito à pré-ordenação de técnicas processuais adequadas à tutela efetiva do direito material.⁹⁰

Por fim, é importante destacar como desdobramento da dimensão objetiva, ao lado do dever de proteção, a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, que significa mais do que a simples existência de direitos fundamentais procedimentais (como, por exemplo, o direito de acesso à justiça, o *habeas corpus*, o mandado de segurança) e do que a imposição ao poder público de guiar-se pelo conteúdo das normas de direitos fundamentais na aplicação e interpretação das normas procedimentais, com vistas em promover os valores constitucionais. Significa, principalmente, que os direitos fundamentais requerem, para que seus titulares os exerçam e para a sua efetivação concreta, a estruturação de organizações e procedimentos. Trata-se de compreender a dimensão procedimental, portanto, como projeção normativa objetiva dos direitos fundamentais.

Alexy propõe uma compreensão ampla de procedimento, de forma a abarcar também as normas de organização, e o conceitua como um sistema de regras e princípios que visa à obtenção de um resultado, no caso, um resultado que realize e assegure eficazmente os direitos fundamentais.⁹¹

Vieira de Andrade aduz que “deve-se entender que a efetividade é uma característica própria dos direitos fundamentais [...] e, por isso, basta o respectivo preceito consagrador para tornar obrigatória a regulação (em regra, legislativa) da organização ou do procedimento que sejam necessários ao seu exercício”.⁹²

Nesse sentido Sarlet, fala de uma íntima vinculação entre os direitos fundamentais, organização e procedimento, para ressaltar que os direitos fundamentais dependem da organização e do procedimento e, ao mesmo tempo, atuam sobre eles.⁹³

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.165 e ss.

⁹¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.457/458.

⁹² VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.148.

⁹³ SARLET, *A eficácia dos...*, p.154/155.

Visando conferir às normas procedimentais que outorgam proteção jusfundamental o caráter de normas de direito fundamental, Alexy ressalta que os direitos procedimentais podem ser adscritos dos direitos fundamentais materiais, sendo possível afirmar que a todo direito fundamental estão adscritos direitos procedimentais. Dessa forma, a proteção por meio do procedimento está enraizada no próprio direito fundamental material.⁹⁴

As dimensões organizatória e procedimental prestam-se, portanto, a garantir a efetivação da proteção aos direitos fundamentais, estando dessa maneira associadas ao dever de proteção. Assim, ao direito à proteção do titular de direito fundamental corresponde, dentre outros deveres, o dever do Estado de editar normas procedimentais que tenham por objeto proteger os bens jusfundamentais de ameaças ou violações. Pode-se afirmar que, nesse aspecto, o dever de proteção concretiza-se por meio das normas de direito procedimental.

Com base na expressão “direitos à organização e ao procedimento” pode-se inferir uma variedade de formas e conteúdos de organização e procedimento aos quais corresponderiam um amplo rol de direitos. Alexy os distingue em quatro grupos, tendo por base o objeto do direito, a saber: competências de direito privado, procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito), organização em sentido estrito e formação da vontade estatal.⁹⁵

O direito a procedimentos judiciais, de elevado interesse para o presente trabalho, caracterizado como direito a uma “proteção jurídica efetiva”, exige a estruturação de procedimentos que conduzam, na maior medida possível, a um resultado em conformidade com o direito fundamental, ou seja, que promova a proteção do direito fundamental. Assim, diante dessa íntima conexão entre os procedimentos judiciais e a proteção de posições jusfundamentais, bem como da possibilidade ressaltada por Alexy de tratar aqueles no marco do direito à proteção⁹⁶, o objeto central do trabalho – o direito à proteção jusfundamental por meio do procedimento judicial – será tratado como direito à proteção.

⁹⁴ ALEXY, *Teoría de los...*, p.460.

⁹⁵ ALEXY, *Teoría de los...*, p.467/468.

⁹⁶ ALEXY, *Teoría de los...*, p.474.

Ressalte-se, por fim, que também na seara procedimental e organizatória da dimensão jurídico-objetiva apresenta-se o problema acerca da possibilidade de inferir-se direitos subjetivos individuais a partir dos deveres do Estado de estruturar organizações e procedimentos para a proteção de direitos fundamentais.

No que diz respeito ao dever do juiz de promover uma interpretação e aplicação das normas procedimentais de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, não há dificuldades em afirmar uma correspondente subjetivização que pode ser enfeixada na forma geral de um direito à proteção jurídica efetiva.

Problemática, contudo, apresenta-se a subjetivização do dever legislativo de ditar normas procedimentais, tendo em vista a liberdade de conformação do legislador em determinar os procedimentos que garantem a proteção aos direitos fundamentais.

Alegando justamente o caráter indeterminado do imperativo de conformação legislativa e a correspondente liberdade constitutiva do legislador, Vieira de Andrade inadmite o controle judicial das opções legislativas, salvo no que diz respeito à garantia do conteúdo essencial do direito fundamental, bem como sustenta, em regra, a impossibilidade de se conferir ao indivíduo o direito subjetivo a uma determinada norma procedimental. Nas suas palavras, “só poderá haver direito a uma certa organização ou a um certo procedimento quando aquela ou este constituírem, em abstrato ou no caso concreto, a única forma ou o único procedimento adequado ao exercício ou à garantia de um direito fundamental”.⁹⁷

Perfilhando o argumento de otimização alexyano, entretanto, não há como excluir a existência de direitos subjetivos individuais *prima facie* a normas procedimentais, dirigidos ao legislador e passíveis de controle judicial. Soma-se, ainda, o argumento do enraizamento da proteção procedimental no próprio direito fundamental material: a proteção efetiva do direito fundamental material exige determinado procedimento.

Vislumbra-se dessa análise que o ideal é que a eficácia jurídica de uma norma, ou seja, aquilo que se pode exigir judicialmente com fundamento nela, na

⁹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.152.

forma de um direito subjetivo, corresponda a todos os efeitos que a norma pretende produzir, sejam eles de defesa, prestação, proteção, organização.⁹⁸

Daí a doutrina afirmar uma certa preeminência da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que enfatiza a perspectiva dos indivíduos, como titulares de posições jurídicas subjetivas exigíveis perante o Estado. É nesse singular sentido que se acolhe a afirmação de Vieira de Andrade de que a posição jurídica subjetiva ocupa a posição central e nuclear na estruturação jurídica da matéria dos direitos fundamentais⁹⁹.

Ressalte-se que as posições jurídicas subjetivas individuais constituem posições complexas, que podem ensejar um rol vasto e variado de pretensões, sendo a pretensão de proteção apenas uma delas, a qual se passa a analisar.

2.2 POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS À PROTEÇÃO

Em que pese a existência de variada classificação com relação aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, adota-se neste trabalho a tríplice divisão formulada por Alexy, que tem por base o conteúdo estrutural das diversas posições jusfundamentais e diferencia os direitos a algo, as liberdades e as competências.¹⁰⁰ Não sendo objeto do trabalho a análise pormenorizada de cada uma dessas modalidades, restringir-se-á a referência ao direito fundamental estruturado sob a forma de direito a algo.

Os “direitos a algo” são concebidos como uma relação tríade que pode ser expressa no seguinte enunciado normativo: “*a* tem ante a *b* um direito a *G*” ou, na fórmula simplificada, *DabG*. Compõem essa relação tríade, formulada com o operador

⁹⁸ A tentativa de delimitar os efeitos normativos dos princípios, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, para apurar o que se pode, diante dos princípios fundamentais, exigir perante o Poder Judiciário (a eficácia jurídica da norma) foi desenvolvida por BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

⁹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.138.

¹⁰⁰ ALEXY, *Teoría de los...*, p.186. Adotam, em linhas gerais, a classificação proposta por Alexy, Canotilho, no direito lusitano, e, no direito nacional, Sarlet (SARLET, *A eficácia dos...*, p.158), Suzana de Toledo Barros (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.138 e ss.), entre outros.

jurídico “*D*” que indica tratar-se de um direito, um portador “*a*”, um destinatário “*b*” e um objeto do direito “*G*”, podendo estes pólos ser ocupados por diferentes elementos.¹⁰¹

Considerando que o objeto do direito é sempre uma ação, positiva ou negativa, do destinatário do direito,¹⁰² distingue-se, dentro do marco dos direitos a algo, direitos a ações negativas (omissões) e direitos a ações positivas. No âmbito dos direitos ante o Estado, aqueles correspondem aos chamados direitos de defesa, enquanto estes correspondem aos direitos a prestações em sentido amplo, que abarca tanto os direitos fundamentais sociais (prestação em sentido estrito) quanto os direitos à proteção e os direitos à organização e ao procedimento.¹⁰³

Os direitos a ações negativas objetivam preservar a esfera de liberdade individual numa perspectiva já presente desde o Estado liberal, ou seja, determinando um dever de não intervenção (de omissão, abstenção) do Estado. Essa proibição genérica de não agir do Estado pode ser traduzida em direitos do indivíduo (i) ao não impedimento e à não obstaculização (tanto fática quanto normativa) da prática de determinado ato; (ii) à não afetação de determinadas propriedades ou situações jurídicas e (iii) à não eliminação de determinadas posições jurídicas.¹⁰⁴

Tome-se um exemplo: da disposição de direito fundamental contida no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do

¹⁰¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.186/187.

¹⁰² A expressão “destinatário do direito” será utilizada, neste trabalho, para indicar aquele que deve cumprir uma prestação perante o titular do direito. Na relação tríade *DabG* o destinatário do direito é “*b*”.

¹⁰³ ALEXY, *Teoría de los...*, p.188 e 427. Convém ressaltar que a presente proposta classificatória formulada por Alexy e baseada na função desempenhada pelo direito fundamental foi recepcionada na doutrina nacional especialmente por Suzana de Toledo Barros e Sarlet. Este último autor ressalta a adequação constitucional dessa proposta que, diante da sua elasticidade, adapta-se às peculiaridades do direito constitucional brasileiro, necessitando, contudo, deslocar as categorias referidas no texto constitucional (cuja técnica de redação, neste particular, é criticada) para enquadrá-las sob o critério funcional. (SARLET, *A eficácia dos...*, p.173-175). Entretanto, cumpre observar que a proposta classificatória de Sarlet enquadra os direitos à prestação em sentido amplo (constituído pelos direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) ao lado dos direitos à prestação em sentido estrito (direitos sociais), ambos integrantes do grupo maior denominado ‘direitos a prestações’. Argumenta o autor que os direitos à prestação em sentido amplo se coadunam com as funções clássicas do Estado de Direito, diferentemente dos direitos fundamentais sociais, que são característicos da atuação do Estado Social (SARLET, *A eficácia dos...*, p.175 e 200). Na doutrina de Alexy, ainda que haja a referência à remissão dos direitos às diferentes funções exercidas pelo Estado, não parece clara a subdivisão nestes termos, mas antes a previsão de um grupo maior denominado direitos à prestação em sentido amplo subdividido em três grupos: o direitos à proteção, à organização e procedimento e à prestação em sentido estrito (ALEXY, *Teoría de los...*, p.430).

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), que consagra o direito fundamental à proteção jurídica efetiva, pode-se inferir um feixe de posições jusfundamentais, entre elas um direito de acesso à justiça (instrumentalizado pela demanda). Destaque-se o ato jurídico de propor uma demanda que, segundo Alexy, constitui uma ação jurídica institucional, porque não existiria sem as normas jurídicas (normas de direito processual) que lhes são constitutivas. Esta ação não pode ser impedida ou obstaculizada, o que aconteceria com a elevação em demasia das taxas judiciárias. Nem tampouco pode ser juridicamente impossibilitada, o que aconteceria com a derrogação das normas de direito processual que regulam a demanda.¹⁰⁵ A derrogação das normas processuais privaria o titular do direito de uma posição jurídica jusfundamental.

Diante disso, percebe-se que o direito à proteção jurídica efetiva (na adscrição de um direito de acesso à justiça) fundamenta, também¹⁰⁶, uma posição jurídica de defesa à qual corresponde o dever negativo (vedação) do Poder Público de derrogar as normas de direito processual, bem como elevar as taxas judiciárias. Pode-se formular, com base no exposto, dois enunciados normativos:

1) O titular do direito à proteção jurídica efetiva tem perante o Estado um direito a que este não lhe impeça ou obstaculize a realização da ação de propor uma demanda.

2) O titular do direito à proteção jurídica efetiva tem perante o Estado um direito a que este não elimine sua posição jurídica de poder propor uma demanda.

Superando-se, porém, a perspectiva liberal, que compreendia o Estado como adversário dos direitos fundamentais e, portanto, deveria ter seus poderes

¹⁰⁴ ALEXY, *Teoría de los...*, p.189-194. No direito nacional, cf. BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p.140/141, que recepcionou, nesse sentido, a posição de Alexy.

¹⁰⁵ Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros ressalta a obrigação do Estado de “não derrogar uma regulação jurídica que se afigure indispensável à configuração de um instituto jurídico garantido como direito fundamental” (BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p.141).

¹⁰⁶ O direito à proteção jurídica efetiva (ou direito à tutela jurisdicional efetiva, como usualmente tratado pelos processualistas) pode abarcar posições jusfundamentais de defesa, de prestações sociais fáticas, de proteção e de participação na organização e no procedimento. Nesse particular, SARLET destaca a predominância da função prestacional presente na “garantia da inafastabilidade do controle judiciário, assegurando ao cidadão o acesso à prestação jurisdicional do Estado”, razão pela qual o autor o enquadra na categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, integrando os direitos a prestações em sentido amplo (SARLET, *A eficácia dos...*, p.190).

contidos com vistas em assegurar a liberdade (formal) dos indivíduos, passa-se a compreender que a efetiva liberdade (material) destes depende de uma postura ativa daquele. Assim, o Estado fica obrigado a prover as condições materiais, mediante prestações fáticas e normativas, necessárias ao exercício dos direitos fundamentais.

Os direitos a ações positivas do Estado são, pois, qualificados por Alexy como direitos à prestação em sentido amplo, de forma a abarcar todo direito a um ato positivo do Estado, seja ele fático ou normativo, na exata contrapartida aos direitos de defesa. Alexy aduz para dar sustentação à sua posição, que se afasta de tradicional corrente doutrinária que restringe os direitos a prestações fáticas sob a denominação de direitos fundamentais sociais, os seguintes argumentos: (i) muitos direitos fundamentais sociais ensejam posições que apontam não apenas para prestações fáticas, mas também para prestações normativas; (ii) os direitos a ações positivas compartilham problemas que não recaem sobre os direitos a ações negativas, pois, uma vez que estes apenas impõem limites ao Estado na persecução de seus fins, mas nada dizem sobre os fins que deve perseguir, aqueles, de certo modo, impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos, constituindo uma questão de distribuição de competências entre o Legislativo e o Judiciário a de saber se e em que medida pode-se impor objetivos ao Estado a partir do exercício de direitos subjetivos dos cidadãos.¹⁰⁷

Dessa forma, os direitos a prestações do Estado subdividem-se em direitos a prestações fáticas e normativas, podendo ter por objeto um rol de ações positivas do Estado que se estende desde prestações materiais em dinheiro, bens ou serviços, passando pela edição de normas de organização e procedimento, até a proteção de direito fundamental do cidadão diante da ameaça ou lesão perpetrada por outro cidadão, por meio de ações administrativas e demais atuações fáticas e de normas de direito civil, administrativo, processual e inclusive penal.

Voltando a estabelecer um paralelo entre o direito fundamental à proteção jurídica efetiva (art. 5º, inc. XXXV, da CF) e as posições jusfundamentais por ele consagradas, pode-se inferir um direito prestacional à ação positiva normativa

¹⁰⁷ ALEXY, *Teoría de los...*, p.427-430.

dirigido ao Estado (ou seja, ação estatal de imposição da norma), que, segundo autorizada doutrina,¹⁰⁸ significa um direito à preordenação de procedimentos adequados, passível de ser exigido das autoridades legislativas. Assim, pode-se formular o terceiro enunciado normativo referente a este direito:

3) O titular do direito à tutela jurisdicional efetiva tem perante o Estado um direito a que este leve a cabo uma ação positiva normativa de pré-ordenação de procedimentos adequados.

Tome-se, ainda, para tornar mais claro, o exemplo do direito fundamental ao meio ambiente sadio, que fundamenta um conjunto de posições jurídicas subjetivas diversas, quais sejam:

[...] un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (derecho a protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado realice medidas fácticas tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica).¹⁰⁹

Na primeira posição jurídica (direito de defesa) tem-se um direito à ação negativa do Estado, enquanto as demais posições correspondem a direitos a ações positivas do Estado, podendo-se estabelecer, desse modo, uma outra classificação: os direitos fundamentais subdividem-se em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações em sentido amplo, sendo que este último grupo, por sua vez, abarca os direitos à proteção, os direitos à participação na organização e procedimento e os direitos à prestações em sentido estrito (prestações fáticas). Destes, conforme assinalado, tratar-se-á especificamente dos direitos à proteção.

Antes de adentrar na análise dos direitos à proteção, contudo, convém mencionar mais um critério classificatório que vem sendo difundido por Canotilho¹¹⁰, mas que se apóia na doutrina germânica. Trata-se da distinção entre direitos derivados e originários à prestação. Os direitos derivados a prestações seriam os direitos a igual

¹⁰⁸ Marinoni propõe que “o direito à tutela jurisdicional, ainda que sem perder sua característica de direito de iguais oportunidades de acesso à justiça, passe a ser visto como direito a prestações normativas instituidoras de técnicas processuais idôneas à efetiva tutela das situações de direito substancial” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. In: *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba (28), abril/junho de 2003, p.306).

¹⁰⁹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.429.

acesso, utilização e participação nas instituições públicas e nas prestações estaduais já existentes, enquanto os direitos originários seriam os diretamente deduzidos das normas constitucionais visando ao fornecimento de prestações estatais. Sarlet destaca que a presente classificação não é incompatível com as já esboçadas – referentes aos direitos a prestações fáticas e normativas, bem como os direitos à proteção, à organização e ao procedimento e a prestações sociais fáticas – constituindo, ao contrário, todos “critérios complementares de classificação”.¹¹¹

No que diz respeito propriamente aos direitos à proteção, eles constituem direitos do titular de direito fundamental dirigidos ao Estado, para que este adote medidas ativas de proteção dos bens jusfundamentais contra agressões ou ameaças provindas de terceiros. Ou seja, ao titular de direito fundamental é outorgada posição jusfundamental de exigir proteção do Estado.

O que distingue os direitos à proteção, conforme destaca Alexy, é que eles são direitos subjetivos constitucionais perante o Estado para que este realize ações positivas fáticas ou normativas que tenham como objeto a delimitação das esferas jurídicas de outros sujeitos.¹¹²

Sarlet sintetiza de forma clara a idéia subjacente ao direito de proteção, cujo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial remete à teoria dos deveres de proteção:

[...] ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.¹¹³

Como foi ressaltado, extrapola-se a concepção liberal clássica de um Estado abstencionista para concebê-lo, também, como um Estado ativo, preocupado com a promoção e proteção os direitos fundamentais.

¹¹⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.475-477.

¹¹¹ SARLET, *A eficácia dos...*, p.199.

¹¹² ALEXY, *Teoría de los...*, p.436.

¹¹³ SARLET, *A eficácia dos...*, p.201/202.

Os bens protegidos jusfundamentalmente podem possuir a mais diversa natureza, como a vida, a liberdade, a propriedade (direitos liberais, classificados como de primeira geração), bem como, a título exemplificativo, a saúde, a educação, o meio ambiente, o patrimônio cultural (direitos da segunda e terceiras gerações). Na formulação alexyana, os direitos à proteção podem ter por objeto “todo aquello que, desde aspectos iusfundamentales, es digno de ser protegido”.¹¹⁴ Assim, percebe-se que a proteção diz respeito a todos os direitos fundamentais.

A forma de proteção também pode assumir diferente natureza que, conforme já assinalado, pode ser uma proteção fática ou normativa. A proteção fática pode realizar-se por meio de atuações administrativas e judiciais, enquanto a normativa abarca a proteção por meio de normas de direito penal, civil, administrativo e processual¹¹⁵.

Cumpre, nesse particular, mencionar a doutrina elaborada por Canaris acerca do dever de proteção de direitos fundamentais pelo Estado, no que diz respeito à vinculação imediata dos poderes públicos (especialmente do legislador e dos tribunais) aos direitos fundamentais.

Valendo-se de categorias dogmáticas próprias, Canaris distingue duas funções dos direitos fundamentais: (i) a função de proibição de intervenção, conjugada com uma proibição de excesso dirigida aos poderes públicos (categoria esta que remete à função clássica dos direitos fundamentais como direitos de defesa) e (ii) a função de imperativo de tutela, conjugada com a proibição de insuficiência.¹¹⁶

Assim, Canaris trata do dever constitucional de proteção sob a categoria “imperativo de tutela”. Para tanto, ressalta a necessidade de fazer uma dupla averiguação: *se* existe um dever constitucional de proteção (ou seja, se um direito fundamental contém um imperativo de proteção contra uma particular ofensa em causa) e *como* tal dever de proteção deve ser concretizado (âmbito específico da tematização da proibição de insuficiência).¹¹⁷

¹¹⁴ ALEXY, *Teoría de los...*, p.436.

¹¹⁵ ALEXY, *Teoría de los...*, p.436.

¹¹⁶ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.59 e ss.

¹¹⁷ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.102.

Para reconhecer a existência de um imperativo de tutela, Canaris estabelece alguns requisitos de fundamentação específica, quais sejam¹¹⁸:

a) aplicabilidade da hipótese normativa de um direito fundamental: isto é, só há um imperativo de tutela se o correspondente direito fundamental for aplicável na sua hipótese normativa;

b) necessidade de proteção e seus indicadores: outro critério para verificar a existência do dever de proteção é a necessidade de proteção do direito fundamental em causa perante intervenções fáticas de outros particulares. São indicadores da necessidade: (i) a ilicitude da referida intervenção; (ii) a ameaça relevante a bens protegidos por direitos fundamentais; e (iii) a dependência do titular do direito fundamental em relação ao comportamento de outro sujeito de direito privado, ou seja, quando são impostos a um particular deveres para possibilitar, no plano fático, o exercício efetivo do direito fundamental de outro particular.

c) funcionamento, em conjunto, de outros critérios: para fundamentar o dever de proteção dos direitos fundamentais não basta recorrer aos critérios de ofensa ilícita, perigo e dependência, mas, antes, devem-se conjugar outros critérios valorativos, num “sistema móvel” de funcionamento, como a natureza e hierarquia do bem jurídico constitucionalmente protegido, a intensidade da ameaça, a possibilidade do particular de exercer uma suficiente autodefesa e o peso de direitos fundamentais contrapostos.

Esses critérios são relevantes para a fundamentação argumentativa do dever de proteção. Assim, Canaris afirma que estes critérios sujeitam-se a uma graduação e ponderação no caso concreto, nos seguintes moldes:

quanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades de seu titular para uma eficiente auto-protecção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico constitucional de protecção.¹¹⁹

Isso demonstra a preocupação de Canaris em exigir uma fundamentação específica e mais consistente (um ‘esforço argumentativo especial’) à função dos

¹¹⁸ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.102 e ss.

¹¹⁹ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.114.

direitos fundamentais como imperativos de tutela (dever de proteção) do que à função dos direitos fundamentais como proibições de intervenções (direitos de defesa), pelas razões que se analisam a seguir.

2.3 ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS À PROTEÇÃO

Para a compreensão do campo de ação referente ao cumprimento do dever de proteção é necessário, além das observações contidas no item anterior, proceder a um estudo acerca da estrutura normativa do direito à proteção. Para tanto, convém realizar uma análise comparativa entre as estruturas normativas dos direitos fundamentais de defesa e dos direitos fundamentais à proteção.

Ressalta-se, novamente, que a distinção entre os direitos à proteção e os direitos de defesa consiste em que estes são direitos a ações negativas, ou seja, direitos do cidadão a que o Estado omita intervenções em bens jusfundamentais; já o direito à proteção é um direito a ação positiva, ou seja, um direito a que o Estado adote medidas ativas de proteção dos bens jusfundamentais contra agressões ou ameaças provindas de terceiros.

Assim, conforme destaca Alexy, enquanto os direitos de defesa são para os destinatários proibições de destruir ou afetar negativamente algo, os direitos a proteção são para os destinatários mandados de proteger algo. E o mesmo autor conclui que “si está *prohibido* destruir o afectar algo, entonces está prohibida *toda* acción que constituya o provoque una destrucción o afectación. En cambio, si está *ordenado* proteger o promover algo, *no* está ordenada *toda* acción que constituya o provoque una protección o una promoción”.¹²⁰

A estrutura normativa do direito de defesa, dessa forma, impõe a omissão de cada ação que afete negativamente o direito fundamental, e apenas a omissão de todas as ações é condição suficiente para o cumprimento da obrigação negativa. Já o destinatário do mandado de proteger algo tem um campo de ação dentro do qual pode

¹²⁰ ALEXY, *Teoría de los....*, p.446/447 (grifos no original).

eleger como deseja cumprir o mandado. A realização de apenas uma ação adequada de proteção é condição suficiente para o cumprimento do mandado de proteção. E mais, quando são adequadas várias ações de proteção, nenhuma delas é necessária para o cumprimento do mandado de proteção; necessário é que se realize pelo menos uma delas.¹²¹

Dessa forma, a distinção estrutural proposta para diferenciar os direitos de defesa dos direitos à proteção parte do pressuposto de que os direitos de defesa manifestam-se para o Estado na forma de proibições de ação universais, enquanto os direitos à proteção manifestam-se para o Estado na forma de mandados de ação existenciais.¹²²

Entretanto, Borowski afasta essa compreensão dos direitos prestacionais (e no caso específico, do direito à proteção) como mandados de ação existenciais, afirmando que também os direitos a ação positiva apresentam-se, *prima facie*, como mandados de ação universais:

todo este demuestra que la reducción a sólo un medio *prima facie* ordenado representa una desventajosa constricción del espectro de todos los medios relevantes. Cuando se delibera acerca de los medios posibles, deben tenerse en cuenta todas las conductas imaginables cuya ejecución favorece la realización del objeto de optimización del principio y deben ser incluidas en la ponderación. Antes de la ponderación están *prima facie* ordenadas todas las conductas que favorecen la realización del principio respectivo. Por lo tanto, debe concluirse que los principios de derecho fundamental son mandatos de actuación *prima facie* de carácter universal.¹²³

Assim, o caráter universal dos mandados de ação dos direitos à proteção exige *prima facie* o cumprimento de todas as ações de proteção que favoreçam o cumprimento da obrigação. Esse entendimento foi recepcionado no Brasil por Paulo Gilberto Cogo Leivas, que ressalta a seguinte estrutura teleológica dos mandados de ação universais: “a) o alcance ou promoção do objetivo Z é ordenado; b) se o meio M

¹²¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.447.

¹²² Para a distinção entre mandados e proibições de ação universais ou existenciais, cf. BOROWSKI, *La estructura de...*, p.156 e ss. Na doutrina nacional, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre, 2002, 153 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p.57. De forma simplificada, este último ator ressalta que “o mandado para todas as ações segue para ordens de ações universais e o mandado para pelo menos uma ação segue para ordens de ações existenciais”, enquanto “quando *todas* as ações são proibidas fala-se de uma proibição universal de ação” e “quando *pelo menos uma* destas ações é proibida fala-se de uma proibição existencial de ação” (grifos no original).

¹²³ BOROWSKI, *La estructura de...*, p.161.

não é utilizado, não é alcançado o objetivo Z ou seu alcance não é promovido; c) a utilização do meio M é ordenada”.¹²⁴

Ocorre que, partindo-se dessas considerações, poder-se-ia alegar uma contradição – meramente aparente, conforme demonstrar-se-á – entre a exigência de realização de todos os meios que promovam a realização do direito fundamental e o fato de que a utilização de apenas um meio de proteção pode corresponder ao resultado exigido jusfundamentalmente, ou seja, quando a execução dos meios de proteção se excluem empiricamente.

Considerando a natureza principiológica dos direitos fundamentais que, no caso específico do direito à proteção, significa que ao Estado está ordenado realizar a proteção ao bem jusfundamental na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, Borowski propõe uma abordagem em dois momentos diferenciados: no momento anterior à ponderação, quando se está diante de direitos *prima facie*, e no momento da ação, ou seja, da aplicação de um direito definitivo.

No nível de ponderação está-se diante de normas jusfundamentais com caráter de princípios e proceder-se-á à averiguação sobre se alguma das condutas ordenadas *prima facie* deve ser definitivamente executada e, em caso afirmativo, a determinação da conduta. Portanto, não há que se excluir nenhuma das ações de proteção. Assim, nesse nível, os direitos fundamentais à proteção são mandados de ação universais.

Por outro lado, no nível da ação trata-se de aplicar o resultado da ponderação. Esse resultado, segundo Leivas, pode ser de dois tipos: “ou nenhuma ação é ordenada definitivamente ou uma ação é ordenada definitivamente. Na primeira hipótese, operou-se uma restrição completa no direito de ação positiva, o que impede o surgimento de qualquer mandado de ação definitiva. Na segunda hipótese há um mandado de ação definitiva”.¹²⁵

¹²⁴ LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.57. Nesse mesmo sentido, LEIVAS afirma que “focalizando os direitos a ações positivas como princípios, ou seja, como obrigações a serem otimizadas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, eles exigem *prima facie* o cumprimento de *todas* as ações que favorecem a sua realização. Nesse sentido, os direitos a ações positivas *prima facie* podem ser classificados como mandados de ações universais. (LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.56/57).

¹²⁵ LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.58.

Assim, os direitos à proteção, regra geral, não possuem conteúdo definitivo. Ao contrário, como direitos baseados em princípios que dependem das possibilidades fáticas e jurídicas para sua concretização, também os direitos à proteção são direitos *prima facie*. Ou seja, as normas jusfundamentais de proteção ordenam a realização, na maior medida possível, de todas as condutas que favoreçam a otimização do direito à proteção, sem conter mandados definitivos. O conteúdo do direito fundamental que é garantido *prima facie* poderá não o ser definitivamente, em decorrência da ponderação com direitos contrapostos.¹²⁶

O critério para determinar a conduta exigida definitivamente – Leivas fala em “passagem das obrigações *prima facie* para obrigações definitivas”¹²⁷ – consiste na aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios que serão analisados mais adiante. Assim, o poder público deve eleger a conduta de proteção a ser adotada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade aos meios que *prima facie* favoreçam a realização do direito à proteção, de forma que, segundo Borowski, “de la clase de los medios proporcionados debe adoptarse aquél que revista la máxima intensidad en el favorecimiento del principio respectivo, a menos que exista otro medio proporcional que ofrezca un favorecimiento menor, pero que represente una mejor relación costo / beneficio”.¹²⁸

Por hora, entretanto, convém mencionar que o princípio da proporcionalidade, no que diz respeito ao cumprimento pelo Estado das obrigações positivas, aplica-se no sentido de uma proibição de insuficiência, também denominada por Borowski “proibição de proteção deficiente”.¹²⁹

¹²⁶ Alexy afirma que “*Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas e fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo*” (ALEXY, *Teoría de los...*, p.99).

¹²⁷ LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.58.

¹²⁸ BOROWSKI, *La estructura de...*, p.168.

¹²⁹ Borowski afirma que “la elección en el nivel de la ponderación de la conducta ordenada definitivamente se produce mediante la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido lato en la forma de la prohibición de protección deficiente” (BOROWSKI, *La estructura de...*, p.162). Se antes o princípio da proporcionalidade era identificado com o princípio da proibição de excesso, atualmente parte da doutrina admite-o também como instrumento de controle da insuficiência de ação estatal. Nesse sentido, Luís Virgílio Afonso Da Silva destaca que “conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos

O conceito de proibição de insuficiência, elaborado dogmaticamente por Canaris e adotado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e por parte da doutrina desse país, significa que o poder público, no cumprimento da obrigação de ação (ou do imperativo de tutela, na expressão deste autor), não pode atuar abaixo de um certo mínimo de proteção. O campo de atuação do Estado estaria, portanto, sujeito aos limites superiores da proibição de excesso e aos limites inferiores da proibição de insuficiência.

O dever de proteção incumbe tanto ao Legislativo, que tem a obrigação de editar normas que dispensem adequada tutela aos direitos fundamentais, quanto ao Executivo e ao Judiciário. Entretanto, em razão da peculiaridade da estrutura normativa dos direitos de proteção, que confere ao Estado uma ampla margem de conformação na definição da ação de proteção, muitos autores afirmam que compete ao legislador ordinário a decisão sobre as opções de ação de proteção jusfundamental.

Esse parece ser o posicionamento adotado pela doutrina e jurisprudência alemãs, no sentido de que a atuação do Judiciário na imposição de condutas estatais específicas para o cumprimento do dever de proteção de direitos fundamentais deve ser excepcional, conferindo-se ao legislador uma ampla margem de escolha da forma proteção destes direitos.

Canaris analisa essa questão sob o enfoque de *como* o dever de proteção há de se concretizar e afirma que na realização da função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela o legislador ordinário, em princípio, dispõe de um amplo espaço de liberdade de conformação quanto ao modo como o direito fundamental deve ser especificamente protegido.¹³⁰

Hesse, como já foi verificado anteriormente, admite que o dever de proteção regula o requisito de salvaguarda eficaz, mas nada diz acerca do *como* da proteção, ou seja, sobre quais providencias devem ser tomadas para atender o dever de

poderes estatais” (AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n.798, São Paulo, 2002, p.26-27).

¹³⁰ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.119.

proteção. Assim, “a decisão, como um dever de proteção deve ser cumprido é, por isso, assunto dos órgãos competentes, em primeiro lugar, do legislador”.¹³¹

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal tem se orientado no sentido de reconhecer a obrigação estatal de proteção, apontando que a decisão acerca de *como* cumprir a obrigação está, à primeira vista, no âmbito da competência do legislador.¹³²

Na doutrina nacional, Gonet Branco manifesta-se pelo reconhecimento de uma ampla margem de discricionariedade conferida ao legislador ordinário na opção normativa referente ao *como* proteger um bem jusfundamental, afastando a possibilidade de os juízes, respeitadas as exigências da razoabilidade, indicarem as medidas a serem adotadas para a proteção de bens jusfundamentais.¹³³

Não obstante o reconhecimento de amplo espaço de liberdade de conformação conferido ao legislador democraticamente legitimado para eleger como cumprir o dever de proteção jusfundamental, Leivas salienta, apoiado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e na doutrina de Alexy, que o legislador está obrigado a utilizar um meio de proteção eficaz.¹³⁴

A lição de Alexy, a esse respeito, preconiza que o Estado (a princípio, o legislador) está obrigado a adotar um meio de proteção eficaz e quando há apenas um meio de proteção eficaz, o Estado tem a obrigação de adotá-lo.¹³⁵

Ressalte-se, ainda, que a atividade do judiciário não pode ficar restrita à constatação da violação à Constituição e aos direitos fundamentais por parte do legislador, seja porque este ficou omissa na definição do meio de proteção de um bem jusfundamental, seja porque a proteção dispensada situa-se abaixo do limite mínimo de proteção exigida, ou seja, quando há violação da proibição de insuficiência.

¹³¹ HESSE, *Elementos de direito...*, p.279.

¹³² ALEXY, *Teoría de los...*, p.448.

¹³³ GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e...*, p.145 e 154/155.

¹³⁴ LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p. 87.

¹³⁵ ALEXY, *Teoría de los...*, p.448. Transcrevendo decisão jurisprudencial alemã proferida no caso Schleyer, Alexy salienta que “la libertad en la elección de los medios para la protección de la vida puede, en casos especiales, reducirse a la elección de un determinado medio si, de otra manera, no puede lograrse una protección efectiva de la vida” (ALEXY, *Teoría de los...*, p.448).

“[...] en modo alguno um tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante”¹³⁶ é a lição de Alexy quanto aos direitos fundamentais sociais, mas que se aplica, no que couber, a todos os direitos a prestações em sentido amplo. Há que se admitir, portanto, que o judiciário proceda à definição da obrigação de proteção jusfundamental definitiva, inferindo-a diretamente do direito fundamental *prima facie*, quando há proteção legal insuficiente ou omissão legislativa.

Essa possibilidade de formulação judicial direta do quanto ordenado pela Constituição suscita problemas de distribuição de competência entre o legislador e o tribunal. Alexy sustenta que a delimitação dos limites do campo de ação do legislador democraticamente legitimado e os limites da competência do Tribunal Constitucional não pode ser orientada pela diferença estrutural existente entre os direitos de defesa e os direitos à proteção, mas deve ter por base unicamente questões substanciais, e afirma que “en última instancia, la cuestión sustancial apunta [...] a saber si, desde el punto de vista del derecho constitucional, una determinada protección es tan importante que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simples mayoría parlamentaria”.¹³⁷

Nesse sentido, na doutrina nacional Sarmento anota que o controle que o Judiciário pode exercer sobre os meios escolhidos pelo poder público para a proteção dos direitos fundamentais aumenta na mesma proporção do grau de importância do bem jurídico ameaçado.¹³⁸

Dessa forma, e considerando que a ação de proteção adotada pelo Estado tem que superar os limites da proibição de insuficiência e atender às subregras da proporcionalidade (ou seja, tem de ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito), cumpre verificar se o direito ordinário, especialmente o direito processual civil, cumpre suficientemente a obrigação de proteção de bens jusfundamentais, inclusive de forma preventiva, o que será objeto da Parte II deste trabalho.

¹³⁶ ALEXY, *Teoría de los...*, p.496.

¹³⁷ ALEXY, *Teoría de los...*, p.452.

¹³⁸ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.166.

CAPÍTULO 3

A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os direitos fundamentais, na medida em que constituem decisões fundamentais acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, positivadas na Constituição, retiram-se da esfera de livre disponibilidade dos poderes públicos, vinculando-os positiva e negativamente.

Constitui, portanto, entendimento pacífico a vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais, encontrando normatividade expressa nas Constituições da Alemanha,¹³⁹ Portugal¹⁴⁰ e Espanha,¹⁴¹ por exemplo.

Vieira de Andrade, inclusive, ressalta que beira a banalidade afirmar que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos, propondo uma interpretação do art. 18º/1 da Constituição portuguesa no sentido de conferir um reforço do caráter obrigatório das normas de direito fundamental, significando um dever específico da legislação, administração e jurisdição de respeitar, proteger e promover aqueles direitos.¹⁴²

A Constituição brasileira, entretanto, não contém norma expressa de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, limitando-se a prescrever a aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental, de acordo com o disposto

¹³⁹ Art. 1º/3 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente” (*Apud* CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.141).

¹⁴⁰ Art. 18º/1 da Constituição portuguesa de 1976: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

¹⁴¹ Art. 9º/1 da Constituição espanhola de 1978: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” e art. 53/1, primeira parte, do mesmo diploma legal: “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

¹⁴² VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.212.

no art. 5º, § 1º da Constituição: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Essa ausência, porém, não elide a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, podendo deduzi-la hermeneuticamente do citado art. 5º, § 1º, CF, de forma a inferir desse dispositivo a imposição de deveres ao Estado de respeito e realização dos direitos fundamentais.

A respeito deste dispositivo, entende-se, na esteira de Sarlet,

que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.¹⁴³

Assim, para cumprir a atribuição constitucional de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia, o legislador, o administrador e os juízes ficam obrigados não somente a respeitar os direitos fundamentais, bem como a promover condições de realização efetiva dos direitos fundamentais e protegê-los das ameaças providas de terceiros.

Isso implica uma vinculação dual dos poderes públicos aos direitos fundamentais, inferindo-se tanto uma obrigação estatal negativa de não afetação nos domínios dos direitos fundamentais quanto uma obrigação positiva de promover a realização destes direitos.

Nesse sentido são as observações de Hesse, com arrimo no art. 1º/3, da Lei Fundamental alemã, para quem os direitos fundamentais estão subtraídos da disposição dos poderes estatais, bem como impõem ao Estado a obrigação de assegurar proteção aos bens jusfundamentais tão ampla e eficaz quanto possível.

Baseando-se diretamente nas lições de Hesse, Sarlet ressalta o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais outorgado pela hermenêutica do art. 5º, § 1º, da CF, nos seguintes termos: “do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa

¹⁴³ SARLET, *A eficácia dos...*, p.258.

acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais”.¹⁴⁴

Saliente-se que essa vinculação dual dos poderes públicos de, por um lado, abster-se de violar os direitos fundamentais e, por outro, promovê-los pode ser extraída do caráter duplo dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa ante o Estado e como valores fundamentais objetivos da sociedade e do Estado. Isso porque, se antes o Estado era visto apenas como ameaça perante os direitos fundamentais individuais, a emergência do Estado social, a previsão de direitos de segunda e terceira dimensão (que muitas vezes impõem a necessidade de prestações materiais) e o desdobramento doutrinário acerca da dimensão objetiva imprimiu no Estado uma postura ativa comprometida com a promoção desses direitos. Assim, os direitos fundamentais, nas dimensões subjetiva e objetiva, obrigam o Estado a omitir intervenções em bens jusfundamentais, bem como a protegê-los e realizá-los. Esse foi o entendimento esposado pela Corte Constitucional espanhola, com base na interpretação do art. 53/1 da Constituição daquele país, que convém transcrever:

[...] los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este ‘doble carácter’ de los derechos fundamentales (STC 25/81), pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven al fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos.¹⁴⁵

Por outro lado, convém ressaltar que essa vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é isenta de lacunas, e abrange todos os órgãos públicos (compreende o poder público numa perspectiva formal organizatória) e todas as funções das entidades públicas, independentemente da pessoa e da forma jurídica por meio da qual são exercidas as funções (compreende o poder público numa perspectiva funcional).

Essa interpretação é proposta por Canotilho que, tendo por base o art. 18º/1 da CRP, atribui um conceito extensivo ao enunciado constitucional “entidades

¹⁴⁴ SARLET, *A eficácia dos...*, p.344.

públicas”, de forma a abarcar todos os órgãos e as funções dos poderes públicos, e não apenas dos poderes estaduais, para afirmar que “nenhum ato das entidades públicas é ‘livre’ dos direitos fundamentais”.¹⁴⁶

Também no âmbito do direito alemão, Hesse afirma que para efeitos de vinculação aos direitos fundamentais, não importa apenas a forma, mas também a configuração material da atividade estatal. Assim, o autor exclui qualquer reserva de subordinação aos direitos fundamentais quanto às atividades estatais que se realizem na forma de direito privado.¹⁴⁷

Ainda que, como visto, a Constituição brasileira não se refira expressamente à vinculação de entidades ou poderes públicos aos direitos fundamentais, é possível extrair da hermenêutica proposta ao art. 5º, § 1º, da CF, na esteira de Sarlet, uma “dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais” para abarcar todos os órgãos e funções estatais tendo por base tanto um critério formal ou institucional quanto um critério material ou funcional.¹⁴⁸

E mais, considerando o fenômeno atual de “privatização do público”, caracterizado pelo esvaziamento do papel do Estado que passa a ser absorvido por entidades privadas, consubstanciado em privatizações e reformas do aparelho do Estado, com a criação de novas figuras jurídicas, advém uma necessidade de redefinição do conceito de “poder público” para fins de vinculação aos direitos fundamentais.

Enfrentando essa temática da “fuga para o privado”, Sarmiento enquadra no conceito ampliado de “poder público”, visando submeter a um regime estrito de vinculação aos direitos fundamentais, (i) as entidades com personalidade jurídica de direito privado que utilizem bens e recursos públicos ou os serviços de agentes estatais, como, p. ex., as organizações sociais (Lei n.º. 9.637/98), as entidades de apoio (Lei n.º. 8.958/94) e os serviços sociais autônomos (Decretos-Lei n.ºs. 9.403/46 e 9.853/46); (ii) as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias; (iii) entidades privadas que desempenham funções tipicamente públicas, como

¹⁴⁵ *Apud* SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.166/167.

¹⁴⁶ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.438/439.

¹⁴⁷ HESSE, *Elementos de direito...*, p.275-277.

concessionárias e permissionárias de serviços públicos, entre outras.¹⁴⁹ A postura hermenêutica adotada pelo autor, considerando que “onde houver o dedo do Estado, a entidade deve ser caracterizada como ‘poder público’ para fins de submissão a um regime mais estrito de vinculação aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica que tenha assumido”,¹⁵⁰ coaduna-se com uma proteção mais ampla exigida pelo mandado de otimização dos direitos fundamentais.

3.2 A VINCULAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Para a compreensão da dimensão atual da vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais, é necessário, primeiramente, superar a crença da Constituição como uma mera proclamação de princípios dirigidos especialmente ao legislador que, onipotente segundo o dogma positivista, conformaria os direitos fundamentais de modo que eles só valeriam na medida e no limite das leis.

A compreensão da lei como ato normativo supremo é própria do Estado liberal de direito que, consubstanciada no princípio da legalidade, exerce primazia em relação à administração, à jurisdição e aos cidadãos.¹⁵¹

A transição paradigmática de um Estado de direito a um Estado constitucional importa, segundo Gustavo Zagrebelsky, numa mudança da posição assumida pela lei: “la ley, por la primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”.¹⁵²

¹⁴⁸ SARLET, *A eficácia dos...*, p.343/344.

¹⁴⁹ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.313 e ss.

¹⁵⁰ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.315.

¹⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999, p.24. O autor, entretanto, ressalta que o princípio da legalidade se expressava de maneira distinta diante da administração (subordinada à lei, que estabelecia o que a administração podia fazer) e diante do cidadão (este protegido pelo princípio da liberdade, um dos pilares do Estado de direito, que encontrava na lei limites à sua autonomia). Daí a dupla regra que constituía o sentido tradicional do princípio de legalidade: para o Estado tudo o que não está permitido está proibido, enquanto para o particular tudo o que não está proibido está permitido. (ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, p.27-29).

¹⁵² ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, p.34. O autor adverte, contudo, no Estado constitucional não verifica-se uma substituição da soberania concreta da lei pela soberania abstrata da Constituição: “para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación

O Poder Legislativo não é mais um soberano que se autolimita, mas sim um poder constituído obrigado a respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais proclamados na Constituição, bem como obrigado a realizar tarefas que visem atingir os objetivos impostos pelas normas de direitos fundamentais.¹⁵³ Assim, os atos do legislador devem conformidade aos direitos fundamentais e sujeitam-se à declaração de inconstitucionalidade na medida em que deles se afastam.

É nesse contexto que se insere a multicitada formulação de Krüger que estabelece a mudança paradigmática das relações entre leis e direitos fundamentais, segundo a qual se antes os direitos fundamentais só existiam na medida das leis, agora as leis valem apenas na medida dos direitos fundamentais.¹⁵⁴

Ressalte-se, ainda, que a vinculação do legislador aos direitos fundamentais é redefinida a partir das mudanças desencadeadas pela emergência do Estado social e do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os concebe não apenas como limites da atuação do Estado, mas também como valores e fins diretivos da atuação deste.

Dessa forma, submeter o legislador aos direitos fundamentais confirma a prevalência dos valores contidos nas normas jusfundamentais em face do direito positivo.¹⁵⁵

E mais, significa que o legislador está, de acordo com Canotilho, vinculado aos direitos fundamentais num sentido proibitivo ou negativo e também num sentido positivo. Com respeito ao primeiro sentido, os direitos fundamentais funcionam como normas de competência negativa para o legislador, uma vez que o proíbe de legislar de forma contrária ou lesiva aos direitos fundamentais. A dimensão positiva, por sua vez, impõe ao legislador realizar e proteger os direitos fundamentais, conformando as relações travadas entre cidadão e Estado e entre particulares e

a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir” (ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, p.14).

¹⁵³ VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais...*, p.212/213.

¹⁵⁴ Cf. CANOTILHO, *Constituição dirigente e...*, p.363.

¹⁵⁵ Cf. SARLET, *A eficácia dos...*, p.344.

aperfeiçoando a legislação existente de acordo com as diretrizes materiais consubstanciadas nas normas jusfundamentais.¹⁵⁶

Ressalte-se, ainda, que a inércia do legislador em cumprir a obrigação constitucional positiva de promover a realização e proteção do direito fundamental gera uma inconstitucionalidade por omissão, que pode ensejar a interposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e de mandado de injunção.¹⁵⁷

No que diz respeito à extensão da eficácia vinculativa dos direitos fundamentais sobre o poder legislativo, reprise-se que ela alcança não apenas o órgão, mas também a função, independentemente da pessoa e da forma jurídica por meio da qual é exercida a função.

Assim, conforme lição de Canotilho, o poder legislativo, numa perspectiva formal organizatória, está amplamente vinculado aos direitos fundamentais, não apenas nos seus atos normativos, mas também naqueles que tenham eficácia externa (como, p. ex., os atos das comissões parlamentares de inquérito).¹⁵⁸

Já na perspectiva funcional, Canotilho confere um sentido extensivo à expressão “legislador”, que não se identifica com seu sentido jurídico-constitucional, de forma a sujeitar aos direitos fundamentais todos os atos normativos editados por entidades públicas, assim como os atos emanados por entidades privadas aos quais a lei confere força de norma jurídico-pública.¹⁵⁹

Assim, acolhendo as lições lusitanas de interpretação extensiva do alcance da cláusula vinculante e referindo-se ao direito pátrio, Sarlet anota que “além dos atos legislativos elencados no art. 59 de nossa Constituição, também os regulamentos, estatutos, atos normativos das pessoas jurídicas de direito público e até mesmo as convenções coletivas de trabalho encontram-se abrangidas pela vinculação dos direitos fundamentais”.¹⁶⁰

¹⁵⁶ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.440.

¹⁵⁷ Estes temas seguem apenas referidos, por não constituírem objeto do presente trabalho.

¹⁵⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.441.

¹⁵⁹ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.441.

¹⁶⁰ SARLET, *A eficácia dos...*, p.346, nota de rodapé nº. 348.

Por fim, registre-se, ainda com relação ao direito pátrio, que, por força do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição, o poder de reforma também se encontra vinculado aos direitos fundamentais.¹⁶¹

3.3 A VINCULAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

Retrocedendo um pouco no brevíssimo panorama histórico traçado no item anterior, a vinculação do Poder Executivo a um quadro normativo tem sua gênese no surgimento do Estado de direito, que, sustentado pelo princípio da legalidade, subjugava a ação do Estado à lei. Como afirmado, a lei era tida como ato normativo supremo e o agente estatal não poderia fugir à adstrita consonância aos atos normativos. Supera-se, assim, a concepção da não sujeição dos atos de soberania estatal.

A transição do Estado de direito ao Estado constitucional, como assinalado, opera a sujeição do Poder Legislativo e dos atos normativos em geral à Constituição e, principalmente, aos valores plasmados nas normas de direitos fundamentais, bem como opera a sujeição do Poder Executivo primeiramente aos direitos fundamentais, cuja vinculação é reforçada por força da hermenêutica atribuída ao art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Dessa forma, os órgãos da administração estatal devem atuar não apenas em conformidade com a lei, mas, sobretudo, interpretar e aplicar a lei pautando-se nas normas jusfundamentais.

Avulta, dessa afirmação, uma certa necessidade de conciliar, na atividade administrativa, os princípios da legalidade e da constitucionalidade que a vinculam simultaneamente.¹⁶²

¹⁶¹ Cf. SARLET, *A eficácia dos...*, p.361 e ss.

¹⁶² Esse tema gera uma ampla discussão a respeito da forma e do alcance da vinculação dos órgãos administrativos aos direitos fundamentais e tem seu principal reflexo na discussão acerca da possibilidade da administração recusar-se a aplicar atos normativos que violem direitos fundamentais, conforme será apenas brevemente comentado, pois, em razão mesmo da sua importância e profundidade, extrapola os limites do presente trabalho.

Ressalte-se, primeiramente, que a vinculação dos órgãos da administração aos direitos fundamentais apresenta tanto um sentido negativo quanto um sentido positivo. No sentido negativo, os direitos fundamentais agem como limites ao poder administrativo, que deve se abster, na sua atuação, de atentar contra eles; ou seja, o administrador não pode agir de modo contrário às normas jusfundamentais. Assim, os atos administrativos contrários aos direitos fundamentais sujeitam-se à invalidação judicial.

Já a vinculação positiva da administração aos direitos fundamentais significa que o Estado deve agir materialmente no sentido de promover a realização dos direitos fundamentais, assegurando as condições materiais mínimas para que os cidadãos possam desfrutá-los. Ademais, considerando que o dever de proteção aos direitos fundamentais incumbe também à administração, esta tem a obrigação de agir comissivamente para prevenir e reparar materialmente lesões perpetradas contra tais direitos.¹⁶³ Assim, a administração deve, ainda que diante da ausência de lei específica, atuar no sentido de proteger e promover a realização dos direitos fundamentais, em razão da sua vinculação direta a estes preceitos constitucionais.¹⁶⁴

Ainda no que diz respeito à perspectiva positiva da vinculação dos órgãos da administração aos direitos fundamentais, Canotilho ressalta que “a administração, ao praticar atos de execução de leis constitucionais (= leis conforme os direitos fundamentais), deve executá-las constitucionalmente, isto é, interpretar e aplicar estas leis de um modo conforme os direitos, liberdades e garantias”.¹⁶⁵

Dessa afirmação infere-se, consensualmente, que os direitos fundamentais fornecem as diretrizes para a atuação administrativa no exercício de atividade discricionária, bem como servem como medidas de valoração material na densificação do conteúdo de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, quando a administração pública tem de interpretá-los e aplicá-los.¹⁶⁶

¹⁶³ Sobre o cumprimento do dever de proteção pela atividade administrativa do Estado, cf. SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p. 160-162.

¹⁶⁴ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.232, ressaltando que não se trata de “uma atividade de execução da lei, mas de execução vinculada da Constituição”.

¹⁶⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.443.

¹⁶⁶ Nesse sentido, na doutrina lusitana, CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.445-446; na doutrina nacional, SARLET, *A eficácia dos...*, p.348; GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e...*, p.128/129.

Canotilho aponta que também com relação aos atos de governo, praticados no exercício de uma função política ou governamental, impõe-se a eficácia vinculante dos direitos fundamentais.¹⁶⁷

Assim, quanto a essas atuações administrativas em que a sujeição à lei manifesta-se de forma tênue, é possível formular uma primeira tentativa de compatibilização entre os princípios da legalidade e da sujeição aos direitos fundamentais, expressa nos seguintes termos:

[...] quanto menor for a sujeição da administração às leis (de modo especial na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo), tanto maior virá a ser e necessidade de os órgãos administrativos observarem – no âmbito da discricionariedade de que dispõem – o conteúdo dos direitos fundamentais, que [...] contém parâmetros e diretrizes para a aplicação e interpretação dos conceitos legais indeterminados. Isso significa, em outras palavras, que nas hipóteses de uma maior fragilidade do princípio da legalidade, o conflito desta com o princípio da constitucionalidade acaba por resolver-se tendencialmente em favor da última.¹⁶⁸

Problemática, contudo, é a afirmação de que à administração compete executar leis constitucionais, pois ela suscita a questão acerca da possibilidade de os órgãos administrativos rejeitarem executar normas por eles tidas como inconstitucionais, porque contrárias aos direitos fundamentais. Esse tema, como afirmado, confronta os princípios da legalidade e da constitucionalidade que vinculam simultaneamente administração.

Sarlet aponta certo consenso doutrinário no que diz respeito à recusa, em princípio, de se conferir aos órgãos administrativos a competência para exercer um controle de constitucionalidade das leis, sob a afirmação de que aos agentes administrativos cumpre, diante da inconstitucionalidade, recorrer aos órgãos hierarquicamente superiores para que estes provoquem uma decisão judicial a respeito da constitucionalidade da norma a ser aplicada.¹⁶⁹

Essa solução isentaria o agente administrativo da responsabilização por eventual violação aos direitos fundamentais decorrente da aplicação da norma

¹⁶⁷ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.445.

¹⁶⁸ SARLET, *A eficácia dos...*, p.350.

¹⁶⁹ Essa é a solução sustentada, na doutrina nacional, por SARLET, *A eficácia dos...*, p.348/349 e GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e...*, p.131. Na doutrina lusitana, por MIRANDA, *Manual de direito...*, t.IV, p.318/319; CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.443/444. Entretanto, na doutrina nacional, CLÉVE sustenta posicionamento contrário, no sentido de que o STF deve manter seu entendimento (anterior à Constituição de 1988) que admite o descumprimento de lei ou ato reputado inconstitucional pelo poder público, responsabilizando-se a autoridade, porém, pelas consequências do seu comportamento, caso o Judiciário repute

inconstitucional, bem como preservaria a distinção das funções exercidas pelos órgãos estatais, evitando-se uma concentração de poderes pelo Poder Executivo.¹⁷⁰

Há ainda um consenso mais frágil no que diz respeito à possibilidade, em caráter excepcional, de o órgão administrativo deixar de cumprir um preceito normativo contrastante com os direitos fundamentais. O alcance do exercício excepcional de controle da constitucionalidade de ato normativo pela administração, contudo, constitui tema controvertido e de difícil solução.¹⁷¹

No entendimento de Canotilho, o agente administrativo não somente poderá como deverá deixar de aplicar lei contrária a direito fundamental quando: (i) a sua aplicação implicar a prática de um crime, o que se verifica inequivocamente quando há violação do direito à vida ou à integridade pessoal e (ii) a lei violar o conteúdo essencial de direito fundamental, principalmente quando esta aniquilar o direito à vida ou à integridade pessoal. Dessa forma, o autor afasta outros critérios referidos pela doutrina, por inseguros e insuficientes.¹⁷²

Observe-se, porém, que Canotilho, em edições anteriores¹⁷³, afastava explicitamente o “critério de evidência” da violação de direito fundamental como parâmetro para o administrador deixar de aplicar um ato normativo. Parece, entretanto, que atualmente o autor, revendo seu posicionamento diante do que considera bons argumentos dos autores Paulo Otero e Rui Medeiros, admite ponderar, em razão da vinculação imediata da administração às normas jusfundamentais, a possibilidade da administração não aplicar “acto ostensivamente violador da essência dos direitos fundamentais”, desde que assegurado o recurso à via jurisdicional para o controle desse comportamento administrativo.¹⁷⁴

O posicionamento de Vieira de Andrade, por sua vez, é no sentido de reconhecer a possibilidade da administração não aplicar uma lei se a inconstitucionalidade for “evidente”, prevalecendo o princípio da vinculação direta aos

legítimo o ato inaplicado (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.246-248).

¹⁷⁰ MIRANDA, *Manual de direito...*, t.IV, p.289.

¹⁷¹ SARLET, *A eficácia dos...*, p.349.

¹⁷² CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.444.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p.597.

¹⁷⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.445.

direitos fundamentais. Isso porque, para o autor, a solução do problema perpassa o critério de proporcionalidade, por trata-se mais propriamente de um conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade.¹⁷⁵

Parece que a solução dessa problemática da vinculação simultânea da administração ao princípio da legalidade e aos direitos fundamentais, no contexto de um conflito de princípios constitucionais (respectivamente, arts. 37 e 5º, § 1º, ambos da Constituição Federal), deve ser reconduzida à aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo que a ponderação deverá levar em consideração a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, a evidência da inconstitucionalidade, os efeitos negativos da não aplicação da lei e os prejuízos da sua aplicação, dentre outros critérios verificáveis no caso concreto.

Por fim, ressalte-se que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais sobre o Poder Executivo alcança não apenas o órgão, mas também a função.

Com relação à perspectiva formal organizatória, os órgãos administrativos e as pessoas jurídicas de direito público, ainda que estas atuem na esfera privada, sujeitam-se às normas jusfundamentais em todas as suas formas de atuação.

Já na perspectiva funcional, que diz respeito ao desempenho de tarefas públicas, o efeito vinculante dos direitos fundamentais alcança as pessoas jurídicas de direito privado que dispõem de atribuições de natureza pública ou exercem atos de império nas relações com os particulares, de forma a coibir que a “fuga para o privado” abra, por via oblíqua, uma esfera de atuação administrativa à margem dos direitos fundamentais.¹⁷⁶

¹⁷⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.206-211.

¹⁷⁶ Na doutrina nacional, cf. SARLET, *A eficácia dos...*, p.347 e GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e...*, p.128. Na doutrina lusitana, CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.442 e VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.227-231 que aponta como critério para a vinculação direta aos direitos fundamentais o exercício de *imperium*, ou seja, que a entidade disponha de poderes públicos de autoridade.

3.4 A VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário tem a função precípua de efetivar o direito objetivo quando posto em dúvida, violado ou, em caráter preventivo, diante de ameaça de lesão, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. O Judiciário é, assim, desde sua concepção clássica, concebido como guardião das liberdades e direitos individuais.

A vinculação dos órgãos do Judiciário aos direitos fundamentais, incumbidos do dever de aplicá-los, bem como de interpretar o direito infraconstitucional à luz dos valores jusfundamentais, é reforçada por força da hermenêutica atribuída ao art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Segundo Vieira de Andrade, a imagem do juiz como defensor e intérprete dos direitos dos cidadãos está tão consolidada no imaginário popular que beira truísmo afirmar a sujeição dos juízes e tribunais à Constituição e aos direitos fundamentais.¹⁷⁷

Ademais, a vinculação do Judiciário, especialmente o órgão máximo da jurisdição constitucional – no sistema pátrio, o Supremo Tribunal Federal, incumbido da guarda da Constituição –, aos direitos fundamentais é tão intensa que uma teoria dos direitos fundamentais não pode prescindir de uma perspectiva empírica consubstanciada na análise da prática jurisprudencial (precedentes). Nesse sentido, Alexy, logo nos prolegômenos da sua teoria dos direitos fundamentais, afirma que “lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”.¹⁷⁸

Por outro lado, ressalte-se, na esteira de Canotilho, que os órgãos do poder judiciário não apenas são servos dos direitos fundamentais, mas também que a própria organização dos seus tribunais e do procedimento judicial encontra-se “constitucionalizada”, o que implica um dever de condução do processo judicial em conformidade com os direitos fundamentais. O autor afirma, ainda, a reciprocidade da relação entre direitos fundamentais e organização e procedimento judiciais: “a

¹⁷⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.234.

organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento”.¹⁷⁹

A eficácia vinculante dos direitos fundamentais sobre os órgãos do Judiciário, semelhantemente ao que ocorre com os demais órgãos estatais, apresenta tanto um sentido negativo quanto um sentido positivo.

No sentido positivo, os juízes e tribunais estão obrigados a (i) interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais em conformidade com os direitos fundamentais, preferindo a interpretação que outorgue a estes máxima eficácia possível; e (ii) colmatar eventuais lacunas à luz dos princípios constitucionais e das normas jusfundamentais.¹⁸⁰

Nesse agir positivamente, os juízes e tribunais devem conformar o conteúdo de suas decisões aos direitos fundamentais, que atuam como diretrizes materiais das decisões judiciais. Trate-se de matéria de direito público ou privado, esteja o Estado na lide ou não, os órgãos jurisdicionais estão obrigados a levar em consideração os direitos fundamentais na formulação de suas decisões. Segundo Canotilho, os direitos fundamentais, nesse aspecto, vinculam os atos jurisdicionais como “normas de decisão”.¹⁸¹

Ainda no que diz respeito à perspectiva positiva da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais, os juízes e tribunais devem aplicar diretamente os direitos fundamentais diante de omissão legislativa ou de proteção legal insuficiente, considerando, entretanto, o grau de densidade normativa da norma de direito fundamental e visando atender ao mandado de otimização que exige a proteção mais ampla possível dos bens jusfundamentais.

Sarlet ressalta a diferente densidade normativa das normas que consagram direitos de defesa e das normas que prevêm direitos prestacionais (especialmente os direitos fundamentais sociais), tendo estas últimas recebido do

¹⁷⁸ ALEXY, *Teoría de los...*, p.23. Na doutrina nacional, Sarlet acentua que o órgão máximo da Jurisdição Constitucional define para si mesmo e para os demais órgãos estatais “o conteúdo e o sentido ‘correto’ dos direitos fundamentais” (SARLET, *A eficácia dos...*, p.351).

¹⁷⁹ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.446.

¹⁸⁰ Cf. MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, t. IV, p. 290 e SARLET, *A eficácia dos...*, p. 351/352.

¹⁸¹ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.447 e SARLET, *A eficácia dos...*, p.351/352.

constituente a positivação sob a forma de normas definidoras de fins ou tarefas do Estado (por alguns denominadas de normas programáticas) ou normas de imposições legiferantes de maior ou menor concretude.¹⁸²

A problemática concernente à justiciabilidade e à possibilidade de aplicação direta pelo Judiciário de norma de direito fundamental prestacional relaciona-se, também, com a diferente estrutura normativa dos direitos a prestação. Por esta matéria ter sido objeto de análise no item anterior, limitar-se-á a ressaltar aqui que não se exclui, a princípio, a possibilidade de o Judiciário formular decisão que determine, a partir da obrigação *prima facie* exigida pelo direito prestacional, a conduta definitivamente devida.

Relembre-se mais uma vez a idéia procedimental formulada por Alexy que deve reger uma adequada concepção de direito fundamental, segundo a qual os direitos fundamentais constituem posições tão importantes que sua outorga ou denegação não pode ficar exclusivamente nas mãos da maioria parlamentar.¹⁸³

Por outro lado, a vinculação negativa do Judiciário aos direitos fundamentais significa, consoante ensinamento de Miranda, que os juízes e tribunais têm o poder e o dever de não aplicar atos normativos que violem direitos fundamentais, dispondo dos instrumentos e técnicas de controle de constitucionalidade das leis.¹⁸⁴

Assim, diante de uma lei que não esteja em harmonia com os preceitos constitucionais, há de prevalecer a vinculação do órgão jurisdicional à Constituição e aos direitos fundamentais (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação à lei (do princípio da legalidade).¹⁸⁵

Sarlet ainda ressalta que as próprias decisões jurisdicionais proferidas pelos juízes e tribunais que violarem os direitos fundamentais sujeitam-se, também, ao controle jurisdicional exercido, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁶

¹⁸² SARLET, *A eficácia dos...*, p.246. O autor ressalta que “a sindicabilidade judicial da inconstitucionalidade por omissão é proporcional em relação ao grau de densidade normativa da norma impositiva ou programática e, portanto, ao grau de dependência que esta gera para o legislador” (SARLET, *A eficácia dos...*, p.352/353).

¹⁸³ ALEXY, *Teoría de los...*, p.432.

¹⁸⁴ MIRANDA, *Manual de direitos...*, p.290.

¹⁸⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.447 e SARLET, *A eficácia dos...*, p.352.

¹⁸⁶ SARLET, *A eficácia dos...*, p.353.

Por fim, convém mencionar que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais alcança, numa perspectiva formal organizatória, todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como numa perspectiva funcional, todos os atos praticados no exercício da função jurisdicional.

No que diz respeito à perspectiva organizatória, Gonet Branco ressalta que a função normativa exercida pela jurisdição trabalhista deve estar de acordo com os direitos fundamentais, atendendo ao mandado de otimização das normas jusfundamentais.¹⁸⁷

A perspectiva funcional, por sua vez, impõe que a atividade jurisdicional que, excepcionalmente, não seja exercida pelo poder judiciário (como, p. ex., a competência atribuída ao Senado Federal para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade) também se sujeita diretamente aos direitos fundamentais.

Aspecto mais controverso diz respeito à vinculação da ‘jurisdição’ arbitral privada aos direitos fundamentais. Considerando que a função dos árbitros não possui natureza jurisdicional,¹⁸⁸ a análise da matéria não se enquadraria perfeitamente nesse tópico, por não se tratar da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais numa perspectiva funcional, determinada pelo exercício da função jurisdicional. Também por se tratar de tema que tem suscitado intenso debate e fugir aos objetivos estreitos desse trabalho, a questão segue aqui apenas referida.

Sarlet salienta que a doutrina alemã majoritária alemã exclui a jurisdição arbitral privada da vinculação aos direitos fundamentais. Entretanto, o autor, por seu turno, sustenta que “tendo em vista o princípio (direitos fundamental) da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da CF), [...] as decisões arbitrais privadas são passíveis de revisão pelos órgãos judiciais estatais, além de vinculadas aos direitos fundamentais”.¹⁸⁹

¹⁸⁷ GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e...*, p.133.

¹⁸⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.32-35. Para uma análise mais pormenorizada da arbitragem no Brasil, cf. RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁸⁹ SARLET, *A eficácia dos...*, p.351, nota de rodapé nº. 366.

No sentido de uma vinculação aos direitos fundamentais, Gonet Branco afirma que “uma decisão arbitral estrangeira, v.g., não pode ser homologada entre nós se destoar dos direitos fundamentais consagrados no país”.¹⁹⁰

¹⁹⁰ GONET BRANCO, *Hermenêutica constitucional e...*, p.133.

CAPÍTULO 4

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES¹⁹¹

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como já ressaltado em diversas passagens, os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos como direitos de defesa dos cidadãos em face do Estado, vinculando negativamente os poderes públicos, que deveriam se abster de violá-los.

Entretanto, alterações operadas tanto no domínio do próprio conceito e extensão dos direitos fundamentais quanto na configuração da sociedade impõem a superação dessa concepção própria do liberalismo.

O avanço histórico de um modelo de Estado liberal de Direito para um modelo de Estado social de Direito alarga, conforme analisado no item 1.2, o conteúdo dos direitos fundamentais, que passa a compreender novas gerações de direitos. A

¹⁹¹ Antes de adentrar a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, cumpre fazer uma breve menção à questão terminológica, haja vista encontrar-se na doutrina e na jurisprudência referências a este fenômeno sob distintas denominações, tais como “eficácia horizontal”, “eficácia perante terceiros”, “eficácia nas relações entre particulares ou nas relações privadas”, além de outros questionamentos acerca do emprego do termo “eficácia” propugnando pelo uso de “validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” (sobre este último aspecto, cf. PECES-BARBA MARTINÉZ, *Curso de derechos...*, p.618). O termo “eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros” foi consagrado na Alemanha, mas vem sendo criticado por carregar consigo a concepção liberal de que os direitos fundamentais operam nas relações indivíduo-Estado, considerando o particular que trava relações com outro particular como um “terceiro” em relação aos direitos fundamentais. Por esta razão, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira destacam o equívoco de uma denominação que carrega em si uma concepção liberal para referir-se a uma situação – a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – inconciliável com o paradigma liberal (CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed., v. 5. Coimbra: Coimbra, 1984, p.165). Ademais, opõe-se também a crítica de que não se trata de um terceiro nível eficaz, mas sim um segundo nível de eficácia, pois os direitos ou operam nas relações indivíduo-Estado ou nas relações dos indivíduos entre si. Já o termo “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, que diferencia as relações verticais de poder exercidas pelo Estado em face dos cidadãos das relações travadas entre particulares em posições hipoteticamente iguais, é criticado por pressupor uma horizontalidade das relações privadas, desconsiderando a assimetria de poder social manifestada nessa esfera. Por estas razões brevemente tecidas, a doutrina nacional tem preferido o emprego da expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, as quais se utilizarão indistintamente. (cf. SARLET, *A eficácia dos...*, p.354; SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.8-10; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Curitiba, 2004, 149 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná, p.100-102).

positivação de direitos de segunda geração, de caráter nitidamente prestacional, imprime nos direitos fundamentais uma dimensão objetiva, que consiste em compreendê-los como valores jusfundamentais que orientam a atuação dos poderes públicos e irradiam efeitos por toda a ordem jurídica.

Com isso quer-se expressar que o alargamento no conteúdo dos direitos fundamentais implica uma ampliação no âmbito de incidência destes, já que a irradiação dos seus efeitos vai gerar uma obrigação não apenas dos poderes públicos de respeitá-los, mas também das entidades privadas.

Com relação à eficácia dos direitos fundamentais sobre as entidades privadas, afirma-se, desde logo, ao menos uma eficácia mínima, considerando a obrigação negativa do legislador de direito privado de não emitir leis que violem os direitos fundamentais. Isso sem falar na obrigação positiva do legislador de realizar e proteger os direitos fundamentais, conformando as relações travadas entre os particulares segundo as diretrizes materiais jusfundamentais, bem como no dever judicial de interpretar e aplicar o direito infraconstitucional em consonância com os direitos fundamentais.

Ademais, a própria configuração hodierna da sociedade – neoliberal, capitalista, globalizada e desigual – descortina o fato de que as ameaças aos direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, como supunham os teóricos liberais, mas também dos atores privados, detentores de parcelas cada vez maiores de poder econômico e social, que num contexto de economia capitalista participam ativamente do poder e das decisões políticas.¹⁹² Esse quadro justifica a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas.¹⁹³

¹⁹² Não constitui objeto do presente trabalho a questão acerca das redefinições das fronteiras entre o público e o privado e na ampliação de espaços públicos não estatais, razão pela qual a matéria vai apenas referida. Para tanto, cf. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001; HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Edusp, 1993; SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2001; BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. Na doutrina internacional, destaca-se que o fenômeno da crise da dicotomia público-privado deve ser levado em consideração na análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, cf. BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los derechos particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.304-306. Na doutrina constitucional nacional, os impactos da

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem conexão com a concepção material da igualdade entre os cidadãos. Considerava-se, na perspectiva liberal, que o homem (abstração conceitual) travava relações com seus iguais no âmbito privado, supostamente desfrutando do gozo pleno de sua autonomia privada e liberdade de atuação, razão pela qual nem sequer havia lugar para se cogitar da incidência dos direitos fundamentais nessas relações de igualdade, visto que os direitos fundamentais eram instrumentos de defesa dos cidadãos contra as ingerências do detentor de poder, o Estado.

Essa concepção puramente formal da igualdade entre os homens não se coaduna com a sociedade hodierna, em que os atores privados assumem efetivamente uma parcela significativa de poder econômico, social e político. A desigualdade material do homem concreto (de carne e osso) o impede de exercer plenamente sua liberdade, limita sua autonomia privada, expondo seus bens jusfundamentais diante de sujeitos privados mais fortes. Como afirma Sarmento, “quem tem fome, não é livre para nada!”.¹⁹⁴

Nesse sentido, Perez Luño destaca que

[...] es un hecho notorio que en la sociedad neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos.¹⁹⁵

Em razão justamente do poder exercido pelos atores privados que, ao lado do Estado, podem efetuar ingerências no âmbito dos direitos fundamentais, parte da doutrina consente em que diante de relações de poder privado, nas quais há nítida desigualdade entre os indivíduos, opera-se a eficácia direta dos direitos fundamentais. Isso significa que aquele indivíduo que se encontra numa situação de sujeição pode

globalização e do neoliberalismo na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais são analisados por SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*.

¹⁹³ SARMENTO, *direitos fundamentais e...*, p.42 e SARLET, *A eficácia dos...*, p.356.

¹⁹⁴ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.184.

¹⁹⁵ PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p.22/23.

invocar a proteção de bens jusfundamentais diante da atuação de entidades (ou indivíduos) detentoras de significativo poder.¹⁹⁶

Essa posição é defendida por Vieira de Andrade, que aceita a

[...] transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações entre particulares quando se trata de situações em que pessoas coletivas (ou excepcionalmente indivíduos) disponham de *poder especial* de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade.¹⁹⁷

Este autor ressalta, entretanto, que o critério “poder social”, que justifica a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, deve ser aferido no caso concreto, comportando graduações com base na natureza e na intensidade do poder exercido. Ademais, não se pode olvidar que mesmo as entidades privadas detentoras de poder são titulares de direitos fundamentais, impondo a ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, razão pela qual a entidade privada se diferencia do Estado no que diz respeito à vinculação aos direitos fundamentais.¹⁹⁸

Esse é, inclusive, mais um ponto de consenso na doutrina que aceita que as normas jusfundamentais exercem algum tipo de eficácia nas relações privadas,¹⁹⁹ divergindo, entretanto, no *como* se dá esta eficácia, se de forma direta ou indireta. Mas o que essas teorias parecem consentir é que a medida da eficácia, seja ela direta ou indireta, dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser determinada pela ponderação dos bens jusfundamentais em conflito. Isso porque as relações entre particulares são relações entre titulares de direitos fundamentais – há ao menos em jogo o direito fundamental à autonomia privada do cidadão –, enquanto as relações

¹⁹⁶ SARLET destaca esse relativo consenso doutrinário a respeito da eficácia vinculante dos direitos fundamentais nas relações privadas manifestamente desiguais entre indivíduos e detentores de poder social (SARLET, *A eficácia dos...*, p.358/359).

¹⁹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.254/255.

¹⁹⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.256-258.

¹⁹⁹ Ainda que não haja consenso acerca do tipo de eficácia que os direitos fundamentais exercem no âmbito das relações entre particulares, nem acerca da intensidade dessa eficácia, pode-se afirmar, com Bilbao Ubillos, um certo acordo doutrinário em torno de duas questões: em primeiro lugar, da idéia de que os direitos fundamentais devem ter algum tipo de vigência social e, em segundo lugar, de que o reconhecimento dos direitos fundamentais implica consequências diferentes para os poderes públicos e para os particulares (BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.308).

entre cidadãos e Estado são relações entre um titular de direito fundamental e um não titular de direito fundamental.²⁰⁰

Por essas razões, nem mesmo aqueles que propugnam por uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pretendem uma simples substituição do poder público pelo particular como destinatário dos direitos fundamentais, transplantando o regime jurídico da relação cidadão-Estado para as relações privadas. Reprise-se, valendo-se das lições de Alexy, que “las normas iusfundamentales tienen en la relación ciudadano/ciudadano, debido a que ambos son titulares de derechos fundamentales, una “fuerza de efecto” diferente a la que existe en la relación ciudadano/Estado”.²⁰¹

Acrescente-se, para finalizar este item, que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tem estreita conexão com o valor da solidariedade – incorporado na trilogia da revolução francesa como fraternidade – que, ademais, consoante lição de Peces-Barba Martínez, é um valor que fundamenta todos os direitos humanos e que incide também na liberdade e na igualdade, tornando-as mais humanas e justificando a liberdade promocional e a igualdade material.²⁰²

Nesse sentido, Sarmento destaca que os direitos fundamentais, antes ligados aos valores da liberdade e da igualdade formal, devem ser rearticulados em face do valor solidariedade, ampliando seu campo de incidência e chamando os atores

²⁰⁰ Cf. ALEXY, *Teoría de los...*, p.510/511. Na doutrina nacional, esta análise é empreendida por Sarmento, que destaca que “[...] os poderes públicos não possuem autonomia privada e estão jungidos de forma diferente à ordem jurídica, já que só podem fazer o que ela determina ou autoriza. [...] Por isso, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é completa e incondicional. Já os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade. Este campo de autodeterminação poderia ser excessivamente comprimido, de forma liberticida, se todos os direitos fundamentais fossem simplesmente transplantados, sem quaisquer adaptações, para a esfera das relações privadas. Por isso, a doutrina amplamente dominante tem enfatizado que a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais resolve-se, no mais das vezes, através de uma ponderação, na qual deve figurar num dos pratos da balança o próprio direito fundamental em jogo, e, no outro, a autonomia privada do particular” (SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.175/176). A respeito da configuração da autonomia privada como direito fundamental, Sarlet adverte que se o constituinte não a erigiu à condição de direito fundamental expresso, a reconheceu e protegeu na condição de princípio implícito (SARLET, *A eficácia dos...*, p.357, nota de rodapé n. 391). Por outro lado, cumpre destacar que não se desconhece o fato de que alguns direitos fundamentais, notadamente os direitos fundamentais processuais (como, p. ex., o direito à ampla defesa e ao contraditório), podem ser invocados pelo Estado quando este ocupa um dos pólos da relação jurídica processual. Entretanto, a questão ora referida diz respeito à titularidade de direitos fundamentais materiais, especialmente o direito dos particulares à autonomia privada, o qual o Estado não titulariza.

²⁰¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.520/521.

²⁰² PECES-BARBA MARTINEZ, *Curso de derechos...*, p.261/261 e 279.

privados à tarefa de construção de uma sociedade mais justa, centrada na dignidade da pessoa humana.²⁰³

Diante dessas premissas, cumpre analisar as principais teorias acerca do modo como se dá a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dividindo-as em correntes que propugnam pela eficácia de forma mediata (indireta), de forma imediata (direta) e teorias que apresentam variações a estes modelos. Pois, como já ressaltado, parte-se da premissa, hoje assente de forma geral na doutrina e jurisprudência, de que os direitos fundamentais exercem alguma eficácia, também, nas relações privadas.²⁰⁴

4.2 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas teve origem na Alemanha, a partir das formulações elaboradas por Günter Dürig, amplamente aceitas na doutrina de seu país e acatadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em reiteradas decisões proferidas a partir da década de cinquenta.²⁰⁵

²⁰³ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.03.

²⁰⁴ Essa constatação é efetuada por Alexy: “actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de *cómo* las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un *problema de construcción*. La cuestión acerca de *en qué medida* lo hacen formula un problema material, es decir, un *problema de colisión*” (ALEXY, *Teoría de los...*, p.510/511).

²⁰⁵ *Apud* SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.238. Uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, proferida no caso que ficou conhecido internacionalmente como “caso Lüth”, formulou, em caráter inovador, a tese de que os direitos fundamentais, como ordem objetiva de valores, produzem “efeito de irradiação” sobre o direito privado. Transcrevem-se, para melhor compreensão da decisão alemã, as considerações formuladas por CANARIS “No caso em exame, um particular (um cidadão de nome Lüth que ingressou por força dessa sentença na história do direito alemão) apelara, em 1950, aos proprietários e freqüentadores de salas de cinema ao boicote de um novo filme, argumentando que o diretor do mesmo rodara um filme anti-semita durante o período nacional-socialista. Os tribunais civis consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes no sentido do estabelecido pelo § 826 do BGB [Código Civil Alemão] condenando por conseguinte, o Sr. Lüth a não repeti-lo. Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal civil, pois esta teria, na aplicação do § 826 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth, assegurado pelo art. 5º, inciso I, da LF. Aqui o Tribunal Constitucional Federal utilizou-se, pela primeira vez, da formulação entrementes célebre, de

De acordo os partidários dessa teoria, os direitos fundamentais não incidem diretamente no âmbito das relações privadas, não sendo possível invocar diretamente da Constituição um direito fundamental para reger determinada relação jurídica travada entre particulares.

Ao contrário, os direitos fundamentais incidem, primeiramente, sobre o legislador infraconstitucional de direito privado, como princípios ou valores fundamentais (ou seja, do âmbito de uma dimensão objetiva destes direitos), o qual, por sua vez, deve levar em conta os valores jusfundamentais quando da elaboração das normas de direito privado.

O legislador, portanto, tem um espaço de liberdade de conformação para disciplinar as relações jurídicas travadas entre os particulares, resguardando a autonomia privada e conformando-as aos valores jusfundamentais. Dessa forma, o legislador assume a primazia de dirimir eventuais conflitos entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, mediante o manejo do princípio da proporcionalidade, escolhendo a conduta privada a ser exigida dos particulares.

Ademais, o legislador deve, também, possibilitar a abertura do sistema de direito privado aos valores jusfundamentais, construindo pontes entre o direito privado e a Constituição, o que o faz se valendo da técnica de legislar mediante cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Os direitos fundamentais, assim, irradiam efeitos sobre as relações travadas entre os particulares por intermédio das próprias normas que regem o ramo do direito privado. Dessa forma, preserva-se a autonomia do direito privado, evitando convertê-lo em mera concretização do direito constitucional.²⁰⁶

Por outro lado, ao Judiciário cabe a tarefa de interpretar e aplicar as normas de direito privado, bem como de integrar o conteúdo das cláusulas gerais e dos

que a Lei Fundamental ‘erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores [...], que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito’. Disso seguiria que o sistema de valores dos direitos fundamentais ‘obviamente também influi no Direito Civil [e] nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito’” (CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.227/228).

²⁰⁶ Cf. SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.238.

conceitos indeterminados em conformidade com os valores jusfundamentais. Contem-se, dessa forma, os poderes do Judiciário, em nome da garantia da autonomia privada, da segurança jurídica das relações privadas e do princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido Sarlet aduz que, de acordo com esta teoria, os direitos fundamentais apenas influiriam nas relações privadas após um processo de transmutação, ou seja, de incorporação no âmbito privado especialmente por meio da aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados à luz dos parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais.²⁰⁷

Ressalte-se, ainda, que muitos autores partidários da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas entendem que, em sendo o Judiciário também destinatário dos direitos fundamentais, se o juiz não observa a influência dos direitos fundamentais na aplicação do direito privado sua decisão viola o direito fundamental e está sujeita ao controle do Tribunal Constitucional.

Segundo essa doutrina, a decisão judicial não apenas infringe o direito fundamental como direito objetivo, mas também lesiona o direito fundamental enquanto direito subjetivo do cidadão perante o Estado-juiz. Apoiados na decisão do Tribunal Constitucional no caso Lüth, sustentam que o judiciário “en la medida en que no atiende al contenido de las normas de derechos fundamentales (como normas objetivas), mediante su fallo lesiona, como titular de un poder público, el derecho fundamental a cuyo respecto por parte del Poder Judicial tiene el ciudadano un derecho constitucionalmente fundado”.²⁰⁸

Entretanto, no âmbito da teoria da eficácia indireta, há também aqueles, como Hesse, que criticam a posição adotada pelo Tribunal Constitucional por ampliar demasiadamente a influência do direito constitucional sobre o direito privado, comprometendo a segurança jurídica necessária às relações jurídico-privadas. Para o autor, este é um perigo que decorre da aplicação direta dos direitos fundamentais nas

²⁰⁷ SARLET, *A eficácia dos...*, p.357.

²⁰⁸ Jurisprudência transcrita a partir da obra: HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p.58/59, nota de rodapé n. 34.

relações privadas, mas que também pode advir da simples influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado.²⁰⁹

A crítica de Hesse demonstra uma preocupação, em última análise, com a delimitação da competência entre o legislador infraconstitucional e o judiciário, especialmente no que diz respeito à delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais a influir nas relações privadas, e sua ponderação com o princípio da autonomia privada – tarefa que para Hesse cabe precipuamente ao legislador de direito privado. O autor assim expressa sua preocupação: “El Tribunal Constitucional cae así en el peligro de convertirse en el supremo tribunal de los conflictos jurídico-civiles y de asumir de este modo un papel que la Ley Fundamental no le ha conferido”.²¹⁰

A teoria da eficácia mediata ou indireta, apesar de dominante na Alemanha, vem sendo alvo de críticas formuladas especialmente por autores espanhóis, portugueses e brasileiros, que sustentam desde a desnecessidade desta construção teórica por chegar aos mesmos resultados alcançáveis com a amplamente aceita teoria da interpretação conforme a Constituição, até a sua incapacidade de conferir a adequada proteção aos direitos fundamentais na sociedade atual.²¹¹

Crítica contundente é formulada por Pedro de Vega García, que, partindo da análise da sociedade corporativista atual, ataca diretamente os três dogmas do direito privado: o princípio da generalidade da lei, a igualdade (formal) dos cidadãos perante a lei e a consagração da autonomia privada. Primeiramente, o autor desvela o caráter muitas vezes *ad hoc* da lei quando sujeita às pressões de grupos de interesses privados, dotados não apenas de poder econômico e social, mas também político. Em seguida, denuncia a conversão da igualdade formal perante a lei em pura justificação e

²⁰⁹ HESSE, *Derecho constitucional* y..., p.57-67.

²¹⁰ HESSE, *Derecho constitucional* y..., p.61/62. Em outra obra, o autor destaca: “[...] os direitos fundamentais, em geral, não podem vincular diretamente privados. Ter em conta sua influência sobre o direito privado como parte da ordem jurídica total é [...], em primeiro lugar, tarefa do *legislador de direito privado* – vinculado aos direitos fundamentais – a quem cabe, em suas regulações, concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, em especial, demarcar reciprocamente posições de privados afiançadas juridico-fundamentalmente. Os tribunais não devem corrigir as decisões e ponderações do legislador em intervenções sobre direitos fundamentais ou com apoio em suas próprias ponderações” (HESSE, *Elementos de direito...*, p.285).

²¹¹ Essa última crítica é formulada por Bilbao Ubillos, que indaga “[...] qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución?”, em seguida respondendo “No alcanzamos a ver ninguna, francamente” (BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p. 314).

legitimação das desigualdades e assimetrias de fato entre os sujeitos das relações privadas. Por fim, demonstra como a autonomia da vontade fica reduzida, no plano real, à autonomia dos poderes privados. Na dicção do próprio autor:

El reconocimiento de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales equivaldría a confirmar, a fin de cuentas, no sólo la limitación de la legislación ordinaria para hacer valer, como instrumento mediador en el campo de las relaciones privadas, el sistema de principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sino además, la incapacidad y la incongruencia de una forma de organización social en la que la autonomía de la voluntad y el axioma de la igualdad formal ante la ley han perdido su justificación real y su legitimidad como mecanismo al servicio de la libertad.²¹²

4.3 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO DO ESTADO

Parcela da doutrina recente alemã tem centrado a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas na idéia de exigência de proteção pelo Estado ínsita aos direitos fundamentais.

A análise desenvolvida abordará, especialmente, o modelo dogmático elaborado por Canaris, não apenas em razão da autoridade dos seus argumentos, mas também pelo manejo inovador da categoria da função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela combinada com a proibição de insuficiência.

A argumentação de Canaris inicia com a demonstração de que o legislador de direito privado vincula-se imediatamente aos direitos fundamentais, a partir de três argumentos. O primeiro parte do teor literal da Lei Fundamental alemã que, em seu art. 1º/3, dispõe que os direitos fundamentais vinculam imediatamente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Em seguida acresce um argumento sistemático, extraído do artigo 93, n. 1, alínea 4ª, da Lei Federal, de que os cidadãos podem deduzir “queixa constitucional” sob a alegação de terem sido lesados, pelo poder público, num dos seus direitos fundamentais. Por fim, aduz o argumento

²¹² VEGA GARCIA, Pedro de. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.271.

fundado na idéia de hierarquia normativa, para ressaltar que o direito privado, como direito ordinário, sujeita-se à Constituição e aos direitos fundamentais.²¹³

Ademais, ressalta Canaris que as leis de direito privado podem, tanto quanto as leis de direito público, violar direitos fundamentais dos cidadãos, razão pela qual devem ser medidas com base nos direitos fundamentais.²¹⁴

Assim, após responder afirmativamente à questão “se o legislador de direito privado está vinculado aos direitos fundamentais”, Canaris debruça-se sobre o problema de saber “em que termos” ele está vinculado, para desvelar que os direitos fundamentais incidem sobre o legislador tanto como imperativo de tutela quanto como proibição de intervenção. Isso significa que as normas de direito privado estão sujeitas ao controle, segundo os padrões da proibição de insuficiência e da proibição de excesso.²¹⁵

Dessa forma, deve-se averiguar, por um lado, se a norma de direito privado onera um direito fundamental titularizado por um particular de forma que ofenda a proibição de excesso, e, por outro lado, se a norma de direito privado fica aquém daquele mínimo de proteção ao direito fundamental exigido pela Constituição, sob pena de ofender a proibição de insuficiência.

Com relação à influência dos direitos fundamentais sobre a atividade judicial de aplicação e desenvolvimento do direito privado, Canaris afirma que também sobre os órgãos jurisdicionais os direitos fundamentais desempenham suas funções de proibição de intervenção e imperativo de tutela, impondo a aferição e o controle das decisões judiciais segundo os direitos fundamentais. Para tanto, a *ratio decidendi* das decisões judiciais – “as proposições em que os tribunais fundamentam

²¹³ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.22-28. Conferir, também, CANARIS, Claus Wilhelm, A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp.223-243.

²¹⁴ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.24.

²¹⁵ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.28-36. Ressalte-se, conforme já destacado no capítulo 2.2, CANARIS distingue duas funções dos direitos fundamentais: (i) a função de proibição de intervenção conjugada com a proibição de excesso e (ii) a função de imperativo de tutela conjugada com a proibição de insuficiência. Dessa forma, os direitos fundamentais desempenham sobre o Estado suas “funções normais” de proibição de intervenção (os direitos fundamentais servem à defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos) e de imperativo de tutela (os direitos fundamentais possuem a função de obrigar o Estado à proteção dos seus cidadãos).

suas decisões” – devem ser formuladas como normas de direito material e devem ser controladas, como normas, na medida em que violam direitos fundamentais.²¹⁶

Com base nessas premissas, Canaris rejeita a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sob o argumento de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, apenas os atos estatais (especialmente as leis e as decisões judiciais) são objeto de controle segundo os direitos fundamentais. A *contrario sensu*, os sujeitos de direito privado não são destinatários dos direitos fundamentais e seus atos, portanto, não constituem objeto de aferição segundo os mesmos direitos.²¹⁷

Por meio da proposição inovadora de que os direitos fundamentais exercem função de imperativo de tutela, controlando os atos estatais que apresentam um déficit de proteção sob o argumento da proibição de insuficiência, Canaris apresenta uma explicação para o fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares coerente com sua afirmativa de que apenas o Estado e seus órgãos vinculam-se diretamente aos direitos fundamentais:

[...] mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual os cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.²¹⁸

A definição do tipo de proteção estatal dos bens jusfundamentais dos particulares nas suas relações privadas é competência, a princípio, do legislador, que deve realizá-la por meio das normas de direito privado, pois “o imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário”.²¹⁹

Entretanto, em caso de omissão legislativa ou de proteção legal insuficiente, remete-se ao órgão julgador a tarefa de realizar o dever de proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pela via do desenvolvimento

²¹⁶ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.41-43.

²¹⁷ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.55/56.

²¹⁸ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.58.

²¹⁹ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.115.

judicial do direito. Para Canaris, “o juiz apenas está autorizado a cumprir esta tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional défice de protecção, e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência”.²²⁰

Dessa forma, verifica-se que diante de uma lei de direito privado que não outorga protecção suficiente ao direito fundamental, permanecendo aquém do mínimo de protecção ordenado pela Constituição, o juiz assume o dever de conduzir a uma complementação e correção do direito privado, sob pena de, com sua decisão, violar o direito fundamental na sua função de imperativo de tutela.

Ademais, ainda que Canaris afirme que os direitos fundamentais somente incidem nas relações privadas de forma indireta, pois não têm os cidadãos como seus destinatários, ele admite que os direitos fundamentais desempenhem sua função de imperativo de tutela também, a princípio, em relação à autovinculação dos particulares por contrato. Para tanto, aduz dois argumentos: (i) o Estado garante o cumprimento dos contratos com sanções (coerção física legítima) e (ii) alguns direitos fundamentais, em virtude do seu carácter pessoalíssimo, nem sequer se encontram ao dispor do seu titular, e cujo exercício não se pode aceitar como objeto de uma auto-limitação contratual.²²¹

Por fim, Canaris adverte que o Estado deve assegurar, em função do seu dever de protecção, que o exercício da autonomia privada, por meio do qual um particular restringe um direito fundamental seu, esteja baseado numa liberdade material (e não apenas formal) da parte contratual afetada.²²²

4.4 TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA OU DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

A teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi desenvolvida especialmente por Hans Carl Nipperdey, na Alemanha da

²²⁰ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.124.

²²¹ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.71.

²²² CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.72/73.

década de cinquenta, e, embora não seja a doutrina predominante no seu país de origem e nem a tese acatada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, vem sendo adotada pela jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, além de receber aceitação majoritária na Itália, Espanha e Portugal.²²³

Conforme se denota da própria denominação, os partidários dessa corrente teórica sustentam que os direitos fundamentais incidem diretamente no âmbito jurídico privado, sem necessidade de intermediação por parte do legislador, podendo ser invocados de forma direta pelos particulares nas suas relações jurídicas privadas.

Assim, os direitos fundamentais, como valores constitucionais objetivos, não haveriam de afetar as relações jurídicas entre os particulares e influir na interpretação das normas de direito privado senão considerando que destes direitos fundamentais “fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo”.²²⁴

A possibilidade de inferirem-se direitos subjetivos privados diretamente dos direitos fundamentais importa na superação da perspectiva clássica que compreende os direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, cujos únicos destinatários seriam os poderes públicos.

Conforme já ressaltado, a concepção dos direitos fundamentais como direitos oponíveis unicamente perante o Estado deve ser situada historicamente no contexto jurídico e político do Estado liberal de Direito. Como anota Juan María Bilbao Ubillos, nesse período histórico, a tensão dialética liberdade/poder estava circunscrita ao âmbito das relações entre indivíduo e Estado, sendo que as relações travadas no âmbito privado eram relações de igualdade (formal) e não de poder, razão pela qual se supunha que eram relações de liberdade. Assim, ressaltando a

²²³ Essas considerações iniciais quanto à origem e aceitabilidade internacional da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foram extraídas, principalmente, das obras de NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p.186/187 e SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.245-247.

²²⁴ NIPPERDEY, *Adpud ALEXY, Teoría de los...*, p.512.

historicidade dos direitos fundamentais, Bilbao Ubillos adverte para a defasagem e o anacronismo dessa concepção dos direitos fundamentais.²²⁵

Ademais, deve-se salientar também que as novas relações entre Estado e sociedade, que começam a se desenvolver com o avanço histórico para um modelo de Estado social de Direito, descortinam a ficção da igualdade formal dos cidadãos como fundamento da liberdade e da autonomia da vontade destes no âmbito de suas relações privadas. Em verdade, a desigualdade material, fática entre os indivíduos significa, muitas vezes, falta de liberdade contratual na esfera privada.²²⁶

Dessa forma, apesar da intervenção do Estado social na atuação positiva de implementação e proteção dos direitos fundamentais, a economia capitalista vê crescer o poder das grandes empresas e associações, que se tornam, ao lado do Estado, ameaças aos direitos fundamentais.

A tensão dialética entre poder (autoridade) e liberdade já não se manifesta mais apenas nas relações travadas entre os cidadãos e o Estado, mas apresenta-se também nas relações entre particulares travadas no âmbito jurídico do direito privado, comprometendo a própria autonomia privada.

Denunciando a disseminação do poder por toda a sociedade, Bilbao Ubillos adverte que “al fin y al cabo, el fenómeno del poder como expresión de una situación de desigualdad, es indisociable de las relaciones humanas, es inherente a toda organización social”.²²⁷

Por tanto, os defensores da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas ressaltam a necessidade de adotar uma postura

²²⁵ BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.300. Em sentido semelhante, NARANJO DE LA CRUZ destaca que “la construcción de los derechos fundamentales como dirigidos únicamente frente a los poderes públicos responde a unos determinados condicionamientos históricos que no se dan en la actualidad” (NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de...*, p.187).

²²⁶ Nesse sentido, Bilbao Ubillos registra “situaciones de virtual sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de perfilar el contenido final de las cláusulas ‘pactadas’ y exigir su cumplimiento. Esto sucede cuando, de hecho, una de las partes no tiene más alternativa que aceptar una propuesta o unas condiciones dictadas unilateralmente” (BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.301). Ressalte-se, ainda, que a exacerbação das desigualdades econômicas e o fortalecimento dos poderes privados agravam-se em um modelo de Estado globalizado e neoliberal, representando ameaças nada desprezíveis aos direitos fundamentais.

²²⁷ BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.301.

jurídica que enfrente essa nova realidade do poder privado e das ingerências, tanto estatais quanto privadas, no âmbito dos direitos fundamentais.

Acrescente-se, ainda, mais um argumento da evolução jurídica da Constituição e do Estado para fundamentar a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caráter normativo da Constituição e sua condição de norma e elemento de unidade de todo o ordenamento jurídico.²²⁸

Como já ressaltado, a Constituição do Estado social ao mesmo tempo em que positiva direitos de segunda geração interligados com a realização da justiça social, imprime a todos aos direitos fundamentais a condição de conjunto de valores objetivos orientadores da ação do Estado e que irradiam efeitos para todo o ordenamento jurídico.

Dessa forma, a Constituição não estabelece apenas a base das relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e os cidadãos – não é mais unicamente a carta que regula o exercício do poder público –, mas contém também os princípios norteadores das relações jurídicas estabelecidas entre os particulares.

Nesse sentido, Rafael Naranjo de la Cruz acentua que:

Se el poder constituyente es único y mediante él la sociedad se intenta dotar de los elementos básicos sobre los que se habrá de configurar el entero ordenamiento jurídico, no existe, a priori, razón alguna que impida que las que él mismo ha establecido como bases de la vida jurídica con fuerza normativa afecten también al ámbito constituido por las relaciones que los particulares establecen entre sí.²²⁹

Esse autor traz, ainda, um argumento valorativo relevante que contribui para a afirmação da presente teoria da eficácia imediata: as Constituições da atualidade têm como fundamento material a dignidade da pessoa humana, acompanhada, segundo o autor, da liberdade. Dessa forma, encontrando-se a dignidade e a liberdade como núcleo central do ordenamento jurídico, faz-se necessário, para garantir sua existência incólume, protegê-los não apenas dos poderes públicos, mas também das agressões perpetradas por particulares.²³⁰

Apoiados nesses argumentos históricos, jurídicos e valorativos, os teóricos da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas vêm

²²⁸ BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.303/304.

²²⁹ NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de...*, p.192.

²³⁰ NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de...*, p.194-197.

defendendo que os direitos fundamentais são, em essência, direitos subjetivos oponíveis, em princípio, perante todos, seja nas relações jurídicas de direito público, seja nas de direito privado, que, entretanto, devem ser compatibilizados e harmonizados com outros bens jusfundamentais em cada caso concreto. Em outras palavras, os direitos fundamentais possuem eficácia nas relações jurídicas de direito privado como direitos subjetivos que obrigam o outro particular a respeitá-los, ainda que a medida desta eficácia deva ser ponderada no caso concreto em face de direitos fundamentais contrapostos, especialmente da autonomia da vontade.

Mais uma vez, as lições de Bilbao Ubillos: “defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar la virtualidad directa de la mayoría de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional, frente a las violaciones procedentes de sujetos privados”.²³¹

Naranjo de la Cruz também ressalta a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas:

[...] los derechos fundamentales, en su doble vertiente, subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.²³²

Assim, o juiz, ao decidir o conflito privado de direito material, aplica diretamente uma norma de direito fundamental como direito subjetivo de um dos particulares e não como valor subjacente àquela relação ou como regra hermenêutica. A relação jurídico-privada de direito material, na qual se apresenta o conflito, está regida diretamente pelo direito fundamental, razão pela qual os outros particulares estão obrigados a respeitá-lo e o juiz, na decisão do caso concreto, está obrigado a reconhecê-lo e protegê-lo.

Entretanto, defender uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não significa, simplesmente, transpor estes direitos ao âmbito do direito privado, nem tampouco substituir incondicionalmente o Estado pelo particular como destinatário dos direitos fundamentais. Os partidários dessa teoria não

²³¹ BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.316.

²³² NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de...*, p.215.

desprezam o fato de que no âmbito das relações privadas está em jogo o equilíbrio entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Com efeito, a medida da incidência do direito fundamental na esfera privada deve ser graduada com o princípio da autonomia privada.

Nesse ponto avulta a diferença entre o modo de operar dos direitos fundamentais na esfera pública e na privada, que consiste, segundo Bilbao Ubillos, justamente no fato de que “en la esfera de las relaciones Estado-ciudadano el conflicto se plantea entre el titular de un derecho fundamental y un poder público que, en principio, no lo es. En cambio, el conflicto en la esfera de las relaciones ciudadano-ciudadano surge normalmente entre titulares de derechos fundamentales que entran en colisión”.²³³

Demonstram-se, assim, em breve exposição amparada nas obras de Bilbao Ubillos e Naranjo de la Cruz, as linhas gerais da doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para complementar este estudo, faz-se necessária, porém, uma breve análise da doutrina e da jurisprudência de direito comparado que adotam essa teoria.

No direito alemão, apesar de ser o berço da teoria da eficácia imediata pela obra de Nipperdey, suas idéias não foram recepcionadas pela doutrina majoritária e pelo Tribunal Constitucional Federal, conforme ressaltado.

Entretanto, Walter Leisner retoma os argumentos do seu compatriota para reafirmar a eficácia dos direitos fundamentais tanto no direito público quanto no direito privado no sentido de garantir a proteção do conteúdo nuclear da liberdade, bem como para impedir que o direito privado forme um gueto à margem do direito

²³³ BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.308. Como já ressaltado, esse parece ser um ponto de consenso entre os doutrinadores das diversas correntes teóricas acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A frase transcrita pertence a um partidário da teoria da eficácia imediata. Por sua vez, Hesse, defensor da teoria da eficácia mediata, afirma que “en efecto, en un conflicto jurídico entre privados *todos* los interesados gozan de la protección de los derechos fundamentales, mientras que en la relación del ciudadano con el Estado tal tutela no corresponde al poder público” (HESSE, *Derecho constitucional y...*, p.60). Já Alexy, formulador de uma teoria dos três níveis de efeitos, afirma que “la relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales” (ALEXY, *Teoría de los...*, p.511).

constitucional, o que estaria vedado pelo princípio da unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição.²³⁴

No que diz respeito à jurisprudência alemã, encontra-se no histórico do Tribunal Federal do Trabalho a aplicação, em algumas decisões, da tese da eficácia imediata, como é o caso de sentença proferida em 1957 que reconheceu, com fundamento direto em norma constitucional, a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção de contrato de trabalho de enfermeiras que contraíssem matrimônio.²³⁵

No direito espanhol, por outro lado, a teoria da eficácia imediata tem aceitação majoritária, a despeito da ausência de previsão constitucional expressa,²³⁶ sendo defendida por Bilbao Ubillos e Naranjo de la Cruz, além de Perez Luño, Vega García, Peces-Barba Martínez, Antonio-Luis Martínez-Pujalte, entre outros.²³⁷

Vega García, conforme já mencionado, denuncia a “capacidade erosiva e destruidora” dos direitos fundamentais por parte dos poderes privados numa sociedade organizada de forma corporativista. Além disso, o autor desvela o temor de que a restrição da eficácia dos direitos fundamentais ao desenvolvimento legal possa significar, diante da pressão de grupos corporativistas que acabam por condicionar o conteúdo das leis, proteção legal insuficiente aos direitos fundamentais. Dessa forma, sustenta o autor a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações

²³⁴ *Apud* BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.307 e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.121.

²³⁵ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.246.

²³⁶ NARANJO DE LA CRUZ ressalta que ‘la decisión sobre la cuestión de la *Drittwirkung* no se resuelve de manera expresa en nuestro texto constitucional. La CE no contiene precepto alguno que establezca expresamente la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales’ (NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de...*, p.199).

²³⁷ Entretanto, há autores espanhóis, como Jesus García Torres y Antonio Jiménez Blanco que, na obra *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, opõem-se ao reconhecimento geral da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. (*Apud* MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.86-87). Também Díez-Picazo, afastando as situações em que o Estado atua numa relação regida por normas de direito privado e quando um sujeito de direito privado ostenta algum tipo de privilégio concedido pelo Estado – situações estas sujeitas à vinculação aos direitos fundamentais –, prefere negar a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas pela sua incompatibilidade com a autonomia privada (DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.139/140).

privadas, como um mecanismo de correção das desigualdades materiais e econômicas que, no plano real, impedem que os direitos fundamentais se efetivem.²³⁸

Ressaltando a correlação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas com o princípio do Estado social, Martínez-Pujalte destaca que a função ativa e modeladora dos direitos fundamentais na ordem social exige o seu respeito não apenas pelo Estado, mas por todos os cidadãos.²³⁹

Pérez Luño, por sua vez, assenta a extensão dos direitos fundamentais nas relações entre particulares em dois argumentos básicos, um teórico e outro político. No plano teórico, a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada decorre de uma exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico, sob pena de admitir-se uma dupla ética no seio da sociedade, “la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagran”.²⁴⁰ Já no plano político, a atual sociedade neocapitalista vê surgir, ao lado do poder público, poderes econômico-sociais fáticos que, além de desvelar uma desigualdade material entre aqueles que atuam na esfera privada, representam, em muitas ocasiões, ameaças aos direitos fundamentais tão ou mais implacáveis que as provindas do Estado. Assim, os direitos fundamentais, na sua própria dimensão subjetiva, impõem a proteção das situações jurídicas subjetivas dos cidadãos não apenas ante o Estado, mas também perante os demais membros da sociedade.²⁴¹

Em sentido semelhante se manifesta Peces-Barba Martínez. Aponta, entretanto, primeiramente, a incorreção do termo “eficácia frente a terceiros”, que se refere a um problema processual quanto à possibilidade de utilização do recurso de amparo para a proteção de direitos fundamentais lesados por particulares, sugerindo a utilização da expressão “validez das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares” para referir-se ao fenômeno material de aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado. Assim, o autor sustenta que as normas de direitos fundamentais estendem sua validade às relações privadas, remetendo o

²³⁸ VEGA GARCIA, *Dificultades y problemas...*, p.265-280.

²³⁹ MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del...*, p.86-88.

²⁴⁰ PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado...*, p.314.

problema para a definição dos limites da incidência do direito fundamental no caso concreto diante da necessidade de ponderá-lo com outros bens e princípios próprios do direito privado, como o princípio da autonomia da vontade.²⁴²

Na jurisprudência espanhola, também se apresenta essa diferenciação entre a questão material da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a questão processual da admissibilidade do recurso de amparo, que, pela Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, restringe-se à violação dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos. Como ressalta Peces-Barba Martínez, “las normas de derechos fundamentales extienden su validez a las relaciones privadas, pero la violación por un particular, por sí misma, no abre la vía del recurso de amparo”.²⁴³

Sem adentrar na polêmica espanhola sobre a possibilidade de utilizar-se do recurso de amparo em caso de lesões a direitos fundamentais perpetradas por particulares, ressalte-se apenas que a solução engenhosa para este problema processual encontrada pela doutrina e pelo próprio Tribunal Constitucional foi imputar a violação do direito fundamental à decisão judicial por não o proteger adequadamente. Entretanto, de acordo com o próprio Tribunal Constitucional espanhol, “[...] la necesidad de imputación de la lesión de los derechos fundamentales al órgano judicial no impide hablar de que estos actos de particulares puedan suponer lesión de los derechos fundamentales”.²⁴⁴

Dessa forma, compartilhando da crítica efetuada por Sarmento no sentido de que apenas admitindo-se a incidência do direito fundamental na relação privada é que se pode imputar uma omissão censurável do Poder Judiciário por não proteger o direito fundamental, pode-se inferir da jurisprudência espanhola uma tendência a acatar a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

²⁴¹ PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado...*, p.314 e PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p.22/23.

²⁴² PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos...*, p.624-635. Segundo lições do próprio autor: “como se ve [...] el principio general de validez de las normas de derechos fundamentales en las relaciones privadas, si es indubitado, debe ser analizado en el caso concreto, ponderando las circunstancias los bienes y principios propios del Derecho privado con el derecho fundamental concernido” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos...*, p.635).

²⁴³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos...*, p.633.

²⁴⁴ STC 51/1988 *Adjud NARANJO DE LA CRUZ*, *Los límites de...*, p.208.

Aliás, em outras decisões, o Tribunal Constitucional espanhol já afirma, de forma mais eloqüente, que a norma que restringe a admissibilidade do recurso de amparo “no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho como el que consagra el artículo 1º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sean en la vida social”.²⁴⁵

No direito lusitano, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra argumento jurídico positivo expresso na sua Carta Constitucional, em virtude do dispositivo constitucional do art. 18º/1 que afirma categoricamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.²⁴⁶

Afigura-se indubitável que este preceito constitucional consagra a tese da eficácia das normas jusfundamentais na ordem jurídica privada, alargando os efeitos dos direitos fundamentais que deixam de ser apenas verticais (perante o Estado) para serem, também, horizontais (perante pessoas individuais ou coletivas privadas).

Entretanto, alguns doutrinadores procuram demonstrar que, inobstante a Constituição preveja a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, ela deixa em aberto a questão acerca de como se concebe essa eficácia. Essa é a advertência de Vieira de Andrade: “se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz *em que termos* se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga as entidades publicas”.²⁴⁷

Mas em virtude desse preceito constitucional (art. 18º/1) a doutrina portuguesa majoritária parece adotar a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

²⁴⁵ STC 18/1984 *Adpud* BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.329, com uma vasta análise da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol.

²⁴⁶ Art. 18º/1, da Constituição da República Portuguesa: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

²⁴⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.251 (grifos no original). Canotilho, mesmo adotando a tese da eficácia imediata, também deixa transparecer em uma passagem de sua obra que “a Constituição de 1976 (CRP, art. 18º/1) consagra a eficácia das normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídica privada. Resta saber *como e de que forma* se concebe esta eficácia” (CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.270).

Nesse sentido, Canotilho e Vital Moreira, em obra conjunta, reconhecem a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais seja nas relações entre os particulares e os poderes públicos, seja nas relações dos particulares entre si, ressaltando que “a sua aplicação não está dependente de intermediação legislativa”.²⁴⁸ Estes autores ainda destacam a ilicitude dos atos praticados por entidades particulares lesivos de direitos fundamentais “uma vez que a Constituição vincula diretamente as entidades privadas em matéria de direitos, liberdade e garantias”.²⁴⁹

Em obras individuais, entretanto, mesmo defendendo a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, Canotilho vem propugnando “soluções diferenciadas” que superem a dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata e insiram-se no âmbito da função de proteção dos direitos fundamentais. Estas soluções diferenciadas, que devem levar em consideração a diferente natureza dos direitos em jogo e o conteúdo concreto das relações jurídicas privadas, “não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado”.²⁵⁰ O autor aponta, portanto, a necessidade de realizar uma “tarefa de concordância prática” da proteção dos direitos fundamentais com os princípios da ordem jurídica civil, observando o núcleo irredutível da autonomia privada.²⁵¹

²⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p.121.

²⁴⁹ CANOTILHO e MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, p.145.

²⁵⁰ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.278.

²⁵¹ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.269-1.279. Ressalte-se, ainda, que Canotilho, em recente artigo doutrinário, coloca a questão de saber “se o apego à *Drittwirkung* [eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais] não transporta um *pathos* ético e jurídico profundamente desconhecedor das rupturas pós-modernas”, deixando o tema para debate doutrinário e propondo uma “breve suspensão reflexiva” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.113/114). Esta questão proposta por Canotilho foi, de certa forma, enfrentada por Sarmento que, assumindo uma posição mais sintonizada e comprometida com a realidade de estados periféricos como o Brasil, defende o aprofundamento dos valores iluministas da liberdade, igualdade, democracia e solidariedade e, especialmente, do projeto emancipatório da modernidade, adaptando-o à realidade destes estados e tornando-o mais inclusivo e abrangente. Nas palavras de Sarmento, com as quais se concorda, “não vemos como, em nome do pós-modernismo, negar ou minimizar a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas. Pelo contrário, neste momento, em que a crise do Estado Social e a globalização neoliberal exacerbaram as desigualdades econômicas e fortaleceram os poderes privados, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é, mais do que nunca, um escudo contra a barbárie, do qual não podemos prescindir” (SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.66).

Cristina M. M. Queiroz, por sua vez, ressalta inicialmente que o art. 18º/1 da Constituição portuguesa adota a tese da eficácia imediata e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no comércio jurídico privado, “querendo com isso significar que o cidadão, sem necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, e particularmente do legislador, poderá fazer apelo directo aos seus direitos e liberdades jusfundamentais”.²⁵²

Na esteira de Canotilho, a autora propugna, no que concerne à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações cidadão/cidadão, pela adoção de “soluções diferenciadas” que levem em consideração o caso concreto e a pluralidade de funções dos direitos fundamentais, sem, entretanto, afetar o núcleo irreduzível da autonomia privada.²⁵³

Jorge Miranda, por outro lado, apesar de não se pronunciar explicitamente a favor nem da tese da eficácia imediata, nem da mediata, reconhece que a solução perpassa o tratamento diferenciado (quase tópico) dos vários direitos e da multiplicidade de relações jurídicas privadas. Mas ressalta a necessidade de buscar o equilíbrio entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, preservando, contudo, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.²⁵⁴

No que diz respeito ao posicionamento de Vieira de Andrade, já se demonstrou que ele nega que se possa inferir do art. 18º/1 da Constituição portuguesa a vinculação direta das entidades privadas aos direitos fundamentais. Ademais, o autor ressalta a necessidade de harmonizar os valores da justiça social e da autonomia privada, ambos garantidos pela Constituição.²⁵⁵

Enfrentando a problemática de saber *em que termos* os direitos fundamentais vinculam as entidades privadas, Vieira de Andrade destrinça a questão com considerações distintas, aqui apenas referidas. No tocante às relações privadas de poder procede-se a uma transposição direta dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos, em benefício do particular em posição de vulnerabilidade. Entretanto, ainda nestes casos, a medida da aplicabilidade dos direitos fundamentais deve ser

²⁵² QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002, p.270.

²⁵³ QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, p.278-280.

²⁵⁴ MIRANDA, *Manual de direito...*, t.IV, p.290-296.

determinada em cada caso concreto, conforme a situação do poder social, o tipo de relação estabelecida e a intensidade do poder exercido, bem como considerando que a entidade privada também titulariza direitos fundamentais que devem ser ponderados com os direitos jusfundamentais em conflito.²⁵⁶

Por outro lado, nas relações privadas típicas (relações entre “iguais”), os direitos fundamentais apenas produzem efeitos de forma indireta sobre os sujeitos privados, como princípios de valor objetivos que informam todo o ordenamento jurídico. Assim, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas dá-se por meio das normas legais que harmonizam os preceitos constitucionais aos valores juscivilistas da liberdade negocial e autonomia privada. Ao juiz cumpre a tarefa de interpretar as normas legais em conformidade com os direitos fundamentais, de preencher os conceitos abertos de direito privado com ajuda dos valores constitucionais e, na insuficiência da normativa privada, aplicar diretamente o direito fundamental harmonizando-o ao princípio da autonomia privada.²⁵⁷

No tocante à jurisprudência lusitana, anota-se, com base em Canotilho, que o Tribunal Constitucional ainda não se manifestou claramente sobre a forma como se concebe a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.²⁵⁸

Tecendo considerações, por fim, às manifestações da doutrina brasileira acerca da problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cumpre anotar, como fez Sarlet em ensaio publicado em 2000, que são poucos os trabalhos que têm o tema como objeto central da investigação dogmática.²⁵⁹ De lá para cá, algumas importantes monografias foram elaboradas especificamente sobre o tema, podendo-se citar os trabalhos de Sarmento,²⁶⁰ Wilson Antônio Steinmetz²⁶¹ e Alexandre Reis Siqueira Freire.²⁶²

²⁵⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.251-254.

²⁵⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.254-259.

²⁵⁷ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.260-264. Cumpre salientar que o autor defende que na ponderação entre o direito fundamental e a autonomia privada deve-se preferir a liberdade de atuação individual, “mas só desde que não prejudique intoleravelmente a idéia da *dignidade* da pessoa humana” (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.267).

²⁵⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.276.

²⁵⁹ SARLET, *Direitos fundamentais e...*, p.111.

²⁶⁰ SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*.

²⁶¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais: eficácia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2004 e STEINMETZ, Wilson Antônio. *Princípio da proporcionalidade e atos da autonomia*

Ao que parece, a manifestação pioneira na doutrina nacional sobre o tema partiu de Gilmar Ferreira Mendes, em trabalho publicado no ano de 1999, mas que tem por base palestras proferidas em 1994 e 1996.²⁶³ Neste trabalho, de caráter mais descritivo da discussão alemã das principais correntes doutrinárias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o autor não adota explicitamente a defesa de nenhuma das teses, embora deixe transparecer uma inclinação pela tese da eficácia indireta.

A questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi analisada de forma mais pormenorizada e crítica por Sarlet que, ademais, enfrentou a questão para se posicionar explicitamente sobre o tema, de forma inovadora na doutrina nacional.²⁶⁴ Sarlet primeiramente expõe as razões pelas quais adere ao posicionamento majoritário no sentido de que os direitos fundamentais vinculam não apenas os poderes públicos, mas também os particulares.²⁶⁵ Em seguida o autor posiciona-se a favor da vinculação direta *prima facie* dos particulares a todos os direitos fundamentais (exceto os que têm por destinatário precípua o Estado), ressaltando, entretanto, que o *modus vinculandi* não é uniforme e deve ser determinado de acordo com o caso concreto, ponderando o direito fundamental e o princípio da autonomia privada.²⁶⁶ Nas palavras do autor:

[...] no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos

privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.11-53.

²⁶² FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Curitiba, 2004, 149 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná.

²⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 27, abril/jun. 1999, pp.33-44.

²⁶⁴ SARLET, *Direitos fundamentais e...*, pp.107-163.

²⁶⁵ Por óbvio que esta vinculação dos particulares (relação cidadão/cidadão), ainda que detentores de uma parcela de poder social, não se procede nos mesmos termos que a vinculação do Estado aos direitos fundamentais (relação Estado/cidadão), na medida em que a primeira caracteriza-se por ser uma relação entre titulares de direitos fundamentais, eventualmente em colisão (cf. SARLET, *Direitos fundamentais e direito privado...*, p.153).

²⁶⁶ SARLET, *Direitos fundamentais e...*, p.148.

direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.²⁶⁷

Sarmiento, em trabalho dedicado especificamente ao tema, também se posiciona favoravelmente, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, à eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, não dependendo de atuação do legislador de direito privado e nem se exaurindo na interpretação judicial das cláusulas gerais do direito privado. O autor ressalta, ainda, que o direito fundamental não incide diretamente nas relações privadas sempre na sua dimensão subjetiva, podendo “assumir as mais diferentes formas, e afivelar a máscara mais adequada para tutela dos interesses que protege, atuando ora como poder jurídico, ora como faculdade, ora como cânone interpretativo e até mesmo, em certas situações como autêntico direito subjetivo”.²⁶⁸

Não escapa à percepção de Sarmiento o fato de que o limite da incidência do direito fundamental na concreta relação privada será fixado por meio da ponderação deste com o princípio da autonomia privada, tarefa que incumbe primariamente ao legislador e, na ausência de norma ou na inadequação desta aos valores constitucionais, será transferida ao juiz. Visando conferir maior controlabilidade às decisões judiciais que operam a harmonização entre o direito fundamental e a autonomia privada, o autor tenta construir alguns parâmetros de decisão: (i) quanto mais assimétrica a relação privada, maior a proteção do bem jusfundamental e menor a da autonomia privada; (ii) nas questões existenciais a proteção da autonomia privada é mais intensa do que nas questões econômico-patrimoniais; (iii) quanto mais o bem jusfundamental for essencial para a vida humana, mais intensa sua proteção em desfavor da autonomia privada.²⁶⁹

De modo semelhante, Steinmetz argumenta a favor da vinculação imediata (direta) dos particulares aos direitos fundamentais, excepcionando as hipóteses em que a lei de direito privado concretiza a norma jusfundamental de forma constitucionalmente possível e conforme os direitos fundamentais. Isto porque, nestas hipóteses, o legislador promove a harmonização do direito fundamental com a

²⁶⁷ SARLET, *A eficácia dos...*, p.361 e SARLET, *Direitos fundamentais e...*, p.159.

²⁶⁸ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p. 300.

autonomia privada, não podendo o juiz sobrepor-se a ela, sob pena de violação dos princípios democráticos e da separação dos poderes.²⁷⁰

Ademais, o autor propugna pela aplicação do exame da proporcionalidade aos atos restritivos de direitos fundamentais praticados por particulares, sob o argumento de que o caso concreto se apresenta como uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, travada entre o direito fundamental aplicável, de um lado, e o princípio da autonomia privada (bem constitucionalmente protegido), de outro.²⁷¹

Por fim, cumpre ressaltar que as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não se excluem mutuamente, mas antes se complementam. A princípio, reconhece-se que o legislador de direito privado tem a primazia de efetuar a harmonização dos direitos fundamentais nas relações privadas, determinando seu alcance e conteúdo em face, especialmente, da autonomia privada. Entretanto, diante da ausência de lei ou de legislação insuficiente na outorga de proteção ao direito fundamental, as normas de direitos fundamentais incidem diretamente nas relações jurídicas entre particulares conferindo a estes direitos subjetivos oponíveis em relação a todos.²⁷²

Passa-se, portanto, à formulação teórica de Alexy que intenta construir um modelo estrutural de três níveis de efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, conjugando alguns aspectos das três construções teóricas analisadas.

4.5 TEORIAS DOS TRÊS NÍVEIS DE EFEITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Na elaboração da sua teoria dos três níveis de efeitos, Alexy parte da premissa de que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações travadas entre

²⁶⁹ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.301-313.

²⁷⁰ STEINMETZ, *Princípio da proporcionalidade...*, p.25.

²⁷¹ STEINMETZ, *Princípio da proporcionalidade...*, p.29/30.

os particulares, ressaltando que a discussão atual centraliza-se em torno de duas questões: “como” e “em que medida” as normas de direitos fundamentais influem nas relações privadas. O autor ressalta que a primeira questão consubstancia um “problema de construção”, enquanto a segunda consubstancia um “problema material de colisão”.²⁷³

As três teorias analisadas – a teoria do efeito mediato nas relações privadas, a do efeito imediato e a do efeito produzido em virtude dos deveres de proteção perante o Estado – enfrentam a questão de “como” as normas jusfundamentais influem nas relações privadas e, portanto, são teorias de construção.

Entretanto, Alexy reconhece que essas três teorias são equivalentes em seus resultados – pode-se alcançar os mesmos resultados dentre do marco de qualquer uma delas – e possuem alguns pontos de convergência. Nenhuma das teorias efetua uma simples transposição do Estado para o cidadão da posição de destinatário dos direitos fundamentais; todas levam em conta o fato de a relação privada ser uma relação entre titulares de direitos fundamentais e todas consideram que a medida da eficácia horizontal é, em última análise, determinada pela ponderação (direito fundamental *versus* autonomia privada).²⁷⁴

Porém, a suposição de que apenas uma dessas teorias deve ser a correta é, para o autor, falsa, sob a alegação de que apenas uma construção teórica que abarque aspectos destes três teorias pode oferecer uma solução completa e adequada.²⁷⁵

Dessa forma, o autor constrói um modelo de três níveis de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre os quais existe uma relação de implicação recíproca.

O primeiro nível seria o nível dos deveres do Estado, no qual está situada a teoria do efeito mediato, uma vez que as normas jusfundamentais, na sua dimensão

²⁷² Nesse sentido, BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.317.

²⁷³ ALEXY, *Teoría de los...*, p.511.

²⁷⁴ ALEXY, *Teoría de los...*, p.514. Em sentido semelhante, Vieira de Andrade ressalta que “seja qual for a teoria (imediata/ mediata) adotada, os seus quadros são capazes de suportar soluções concretas equilibradas e justas” (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.253).

²⁷⁵ ALEXY, *Teoría de los...*, p.515/516.

objetiva, operam como diretrizes para a atuação do Estado, inclusive do legislador e do judiciário. Assim, constitui dever do legislador e dos juízes, respectivamente, elaborar e interpretar as normas do ordenamento jurídico, inclusive do direito privado, sob o parâmetro dos direitos fundamentais.²⁷⁶

A teoria do efeito produzido em virtude do dever de proteção do Estado situar-se-ia no segundo nível denominado nível dos direitos perante o Estado. Considera-se, aqui, que os juizes e tribunais têm o dever de levar em conta nas suas decisões a norma jusfundamental, sob pena de lesar, por meio da decisão judicial, o direito fundamental não apenas na sua dimensão objetiva, mas, principalmente, na dimensão subjetiva. Ou seja, o cidadão tem, perante o Estado, um direito subjetivo fundamental que pode se configurar como direito de defesa (de que a decisão judicial não intervenha no direito fundamental do cidadão) e como direito de proteção (a que a decisão judicial outorgue proteção estatal diante da ação privada dirigida contra um direito fundamental).²⁷⁷

Essa construção referida à atividade judicial apresenta, segundo Alexy, a vantagem de fundamentar um dever do juiz ou tribunal de levar em conta os princípios jusfundamentais que apóiam as posições que os cidadãos fazem valer em juízo, bem como um dever de aplicar as normas de direito privada na medida em que admitam interpretações compatíveis com os princípios jusfundamentais.²⁷⁸

No terceiro nível, por sua vez, seria propriamente o nível dos efeitos jusfundamentais nas relações jurídicas entre sujeitos de direito privado, no qual está situada a teoria dos efeitos imediatos. Para a compreensão do que seria um efeito imediato, Alexy exclui que consista numa simples alteração do destinatário do direito fundamental com a substituição do Estado pelo particular, lembrando também que a relação entre particulares é uma relação entre titulares de direitos fundamentais. Efeito

²⁷⁶ ALEXY, *Teoría de los...*, p.516.

²⁷⁷ ALEXY, *Teoría de los...*, p.516-519.

²⁷⁸ Alexy esclarece a necessária harmonização entre os princípios jusfundamentais e as normas de direito privado nos seguintes termos: “que en casos de efectos en terceros tienen que jugar un papel no sólo los principios iusfundamentales, sino también el derecho privado se aprecia en el hecho de que, en muchos casos, los principios iusfundamentales admiten como iusfundamentalmente posibles varias soluciones y en el hecho de que el juez no sólo está sujeto a principios iusfundamentales materiales sino también a otras múltiples vinculaciones, tales como las que resultan de los principios formales del respeto de decisiones del legislador democráticamente legitimado y de los precedentes” (ALEXY, *Teoría de los...*, p.519/520). .

imediato, ao contrário, “consiste en que, por razones iusfundamentales, en la relación ciudadano/ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias y no-competencias que, sin estas razones, no existirían”.²⁷⁹

Conceituando os efeitos imediatos nesses termos, Alexy afirma que as teorias dos efeitos mediatos e dos deveres de proteção do Estado têm como consequência, necessariamente, um efeito imediato do direito fundamental na relação privada. Isso porque, só é possível falar que os princípios jusfundamentais exigem, seja como normas objetivas de valores, seja como direitos subjetivos dos cidadãos perante o Estado, uma determinada interpretação judicial se se aceitar a existência, no âmbito privado, de uma relação de direito ou não-direito entre os particulares, devido, justamente, à vigência do princípio jusfundamental.²⁸⁰ Em outras palavras, o órgão judicial somente está obrigado a proteger ou não intervir em um direito fundamental, sob pena de violá-lo, se este direito fundamental vige, previamente, na relação jurídico-material de direito privado e obriga os particulares a respeitá-lo.

Acerca, ainda, do efeito imediato, Alexy refuta as teses de que ele conduziria à eliminação da autonomia privada e tornaria supérfluo o direito civil, argumentando, primeiramente, que a questão dos limites da aplicação do direito fundamental e da autonomia privada (que também é objeto de garantia jusfundamental) constitui um problema material de ponderação. À segunda objeção, o autor aduz que, devido ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, várias soluções são *prima facie* possíveis e conforme os direitos fundamentais, cabendo ao legislador ordinário a primazia de conformar as relações privadas à Constituição. Assim, o juiz sujeita-se primeiramente ao direito civil vigente, assumindo o ônus argumentativo ao se afastar da norma civil para aplicar diretamente um direito fundamental.²⁸¹

Assim, o modelo de três níveis dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas confirma o que foi ressaltado anteriormente no sentido de que as teorias do efeito mediato, do dever de proteção e do efeito imediato não se excluem

²⁷⁹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.521.

²⁸⁰ ALEXY, *Teoría de los...*, p.521/522.

²⁸¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p. 522/523.

mutuamente, mas antes devem coexistir. A escolha por um destes níveis de efeitos na fundamentação jurídica de um acaso concreto deve ser informada por uma questão de funcionalidade, e não de primazia entre os respectivos níveis.

Por fim, resume-se a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas nos seguintes termos gerais: (1º) Havendo norma de direito privado com alto grau de determinação (regra definitiva) que promova a harmonização entre o direito fundamental e o princípio da autonomia privada de forma constitucionalmente adequada e conforme aos valores jusfundamentais, aplica-se a referida norma. (2º) Se o legislador infraconstitucional optou por disciplinar a matéria por meio de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, o juiz deverá, no caso concreto, preencher axiologicamente a cláusula mediante a interpretação conforme a Constituição e aos direitos fundamentais. (3º) Se a aplicação da norma definitiva ou da cláusula aberta importar uma violação do direito fundamental, seja por intervir de forma excessiva no direito fundamental, seja por outorgar-lhe proteção insuficiente, o juiz deverá desaplicar a lei, por inconstitucional, no exercício do controle difuso de constitucionalidade. (4º) Nestes casos, uma eventual aplicação da lei pelo órgão do Poder Judiciário significaria uma violação, por meio da decisão judicial, do direito subjetivo fundamental do cidadão de ter sua esfera subjetiva protegida pelo Estado diante de ações privadas dirigidas contra os direitos fundamentais. (5º) Por fim, não havendo lei infraconstitucional ou sendo esta afastada por insuficiência de proteção, o juiz deverá reconhecer a incidência direta do direito fundamental na relação jurídico-material de direito privado, procedendo, na sua decisão, à harmonização do direito fundamental e da autonomia privada mediante o manejo do princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO 5

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE²⁸²

5.1 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Antes de adentrar propriamente no exame do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, convém tecer breves esclarecimentos acerca da distinção entre regras e princípios,²⁸³ que constitui, segundo observa Alexy, o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, possibilitando resolver problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais e criando condições para a racionalidade da fundamentação jusfundamental.²⁸⁴

Ademais, o princípio da proporcionalidade está intimamente imbricado à teoria dos princípios, como dois lados de um mesmo objeto, sendo o primeiro do tipo

²⁸² O termo “princípio da proporcionalidade, apesar de bastante difundido na doutrina nacional, vem sendo recentemente atacado e substituído por outras terminologias como “dever de proporcionalidade” (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p.168 e ss. e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.104 e ss. Na segunda obra, o autor prefere referir-se à postulado da proporcionalidade, ressaltando, em ambas, que o dever de proporcionalidade não tem natureza de regra nem de princípio, mas de postulado normativo aplicativo), “preceito de proporcionalidade” (HECK, Luiz Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995 p.176-177; LEIVAS, A estrutura normativa ..., p.30 e ss) e, numa concepção tecnicamente mais adequada à distinção alexyana entre regras e princípios, “regra da proporcionalidade”(ALEXY, Robert. *Teoría de los...*, p.112, nota de rodapé n. 84; AFONSO DA SILVA, *O proporcional e...*, p.91; GUERRA, *Direitos fundamentais e...*, p.91; FREIRE, *Eficácia dos direitos...*, p.56-60). Tendo em vista que a questão terminológica é bastante controversa, não há como aprofundar aqui o tema. Assim, adota-se no presente trabalho o termo “princípio da proporcionalidade”, em homenagem à sua difusão na linguagem pátria, com a ressalva de que o termo princípio nessa expressão não tem o mesmo significado de princípio na distinção alexyana entre regras e princípios aqui adotada.

²⁸³ A distinção contemporânea entre regras e princípios tem seu marco fundamental na obra de Ronald Dworkin, *Takin rights seriously*, na qual o autor traça uma diferença qualitativa entre os princípios e as regras, ligada ao seu modo de incidência; temática que foi retomada e desenvolvida por Robert Alexy na obra *Teoría de los derechos fundamentales*. Considerando trata-se de matéria vastamente versada na doutrina alienígena e nacional e que, apesar de amplamente aceita na doutrina constitucional, está longe de ser pacífica, e considerando ainda fugir aos escopos estreitos do presente trabalho por adentrar numa complexa temática de teoria geral do direito, a questão da distinção entre regras e princípios segue apenas referida. Para uma análise mais detida da temática, cf., além das obras referidas, BOROWSKI, *La estructura de...*, p.47-65; CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.145-1.176; SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.82-88; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 6, Recife/PE, 1993, p.255-259; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.135-149. LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.12-43.

²⁸⁴ ALEXY, *Teoría de los...*, p.81/82.

metodológico e o segundo do tipo teórico-normativo.²⁸⁵ Pode-se, ainda, estabelecer uma relação de fundamentação entre o princípio da proporcionalidade e a natureza principiológica dos direitos fundamentais, o que será retomado adiante.

Ressalte-se, primeiramente, que as disposições jusfundamentais possuem caráter duplo, haja vista delas poderem ser adscritas normas de direitos fundamentais com caráter de regras e de princípios.²⁸⁶ Assim, somente um modelo combinado de regras e princípios é capaz de dar conta da variedade normativa dos direitos fundamentais, adequada à Constituição, e conferir a flexibilidade e a vinculação necessárias às normas jusfundamentais.

Esse modelo parte do pressuposto de que tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero normas, podendo ser formuladas como mandados de obrigação, permissão e proibição, ainda que sejam mandados de tipos diferentes. Dessa forma, pressupõe o reconhecimento da normatividade dos princípios e da idéia de que todas as normas constitucionais possuem alguma eficácia jurídica.

Tomando por base a diferença qualitativa entre regras e princípios desenvolvida por Alexy, pode-se afirmar que as regras são mandados de determinação no âmbito do fática e juridicamente possível e, presentes seus pressupostos, ou a regra jurídica é aplicada por subsunção ou é completamente afastada, por inválida ou pela inserção de uma cláusula de exceção. Se uma regra é válida, há de circunscrever-se exatamente ao seu conteúdo, nem mais, nem menos.²⁸⁷

Havendo conflito de regras, sua solução perpassa a inserção, em uma delas, de uma cláusula de exceção ou, quando isso não é possível, impõe-se a declaração de invalidade de pelo menos uma das regras, com sua conseqüente exclusão do ordenamento jurídico. A decisão acerca da validade da regra pode apoiar-se em critérios clássicos de resolução de antinomias (hierárquico, cronológico e de especialidade), que importarão na eleição de uma delas para reger o caso, em detrimento da outra.²⁸⁸

²⁸⁵ ALEXY, *Colisão de direitos fundamentais...*, p.75.

²⁸⁶ ALEXY, *Teoría de los...*, p.135.

²⁸⁷ ALEXY, *Teoría de los...*, p.87.

²⁸⁸ ALEXY, *Teoría de los...*, p.88.

Por outro lado, os princípios são mandatos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, sendo caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. A medida de seu cumprimento está condicionada às possibilidades fáticas (existências de meios adequados e necessários para alcançar a finalidade da norma) e jurídicas (existência de regras que excepcionem o princípio em alguma medida e colisão com princípios opostos).²⁸⁹

Os princípios, assim, possuem caráter *prima facie*. Quando um princípio é válido para um caso concreto isto não significa que seu conteúdo valha como resultado definitivo, mas que suas razões não de ser consideradas perante outro princípio igualmente aplicável contraposto àquele. A aplicação dos princípios, que importa a passagem de juízos *prima facie* para juízos concretos de dever-ser, realiza-se, portanto, a partir de uma ponderação.

O conflito entre princípios, dessa forma, resolve-se na dimensão do peso. Ou seja, levando-se em consideração o peso que cada princípio assume no caso concreto, realiza-se uma ponderação a fim de precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro. Assim, estabelece-se uma relação de precedência condicionada, ou seja, considerando o caso concreto indicam-se as condições pelas quais um princípio prevalece em relação ao outro; sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa.²⁹⁰

A ponderação e a relação de precedência condicionada negam que exista uma escala hierárquica abstrata de valores ou bens à qual se possa recorrer em todos os casos postos à decisão, pressupondo que não há relações absolutas de precedência entre os princípios, pois abstratamente todos encontram-se no mesmo nível.²⁹¹ O peso conferido aos princípios toma por base as especificidades da situação concreta.

Assim, as normas de direitos fundamentais, na medida em que possuem o caráter de princípios – ou seja, como mandatos de otimização – exigem o manejo do princípio da proporcionalidade, e vice-versa, numa conexão estreita de implicações

²⁸⁹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.86.

²⁹⁰ ALEXY, *Teoría de los...*, p.89.

²⁹¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.92-95.

recíprocas. O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios são inferidos logicamente do caráter principiológico das normas jusfundamentais. Por outro lado, a relativização de um princípio com respeito às possibilidades jurídicas opera-se por meio do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e a relativização quanto às possibilidades fáticas, por meio dos subprincípios da adequação e necessidade.²⁹²

Na esteira de Alexy, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade possui fundamentação jusfundamental, ou seja, fundamenta-se na natureza principiológica das normas de direitos fundamentais, ainda que isso não implique negar a coexistência de outros fundamentos, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, a cláusula do “due process of law” (art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988)²⁹³, ou o próprio conceito de Estado de direito²⁹⁴.

Dessa forma, tendo em vista o caráter principiológico dos direitos fundamentais que, como mandados de otimização, exigem ser realizados na maior medida possível, considerando que não há direitos fundamentais absolutos, bem como que a justiciabilidade e a determinação judicial da obrigação estatal de proteção consistem em um problema de colisão de direitos fundamentais (p.ex., mandado de proteção jusfundamental *prima facie* e o princípio da separação dos poderes), impõe-se, ainda que brevemente, a análise do princípio da proporcionalidade e seus princípios parciais.

²⁹² ALEXY, *Teoría de los...*, p.111-115.

²⁹³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e principio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.166; Barroso e Sarmento realizam um esforço histórico para demonstrar o fundamento do princípio da razoabilidade no direito norte-americano na cláusula do devido processo legal e o fundamento do princípio da proporcionalidade na doutrina alemã no Estado de Direito, sendo que o último autor tenta ainda demonstrar que a proporcionalidade é reconhecida na jurisprudência do STF com base na cláusula do devido processo legal, positivada no art. 5º, IV, da Constituição (SARMENTO, *A ponderação de...*, p.78-87 e 90-95; BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.218 e ss); Leivas confere fundamentação jusfundamental ao princípio da proporcionalidade, mas ressalta que a jurisprudência nacional fundamenta o referido princípio na cláusula do devido processo legal (LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.30).

²⁹⁴ Bonavides afirmando ser no Estado de Direito a melhor fundamentação para o princípio da proporcionalidade, ressalta que o mesmo independe de explicitação no texto constitucional “porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito” (BONAVIDES, *Curso de direito...*, p.364). Barros, por sua vez, fundamenta o princípio da proporcionalidade a partir tanto da essência dos direitos fundamentais quanto da concepção de Estado de Direito, apontando a indissociabilidade dos conceitos (BARROS, *O princípio da...*, p.97). GUERRA FILHO também salienta que o princípio da proporcionalidade pode-se deduzir da opção por um Estado de Direito ou dos sacrossantos direitos fundamentais, ressaltando que esta discussão é mais doutrinária do que prática. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso

Nesse sentido, segue a formulação de Alexy, segundo a qual “as colisões de direitos fundamentais [...] devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisão de princípios é a ponderação”.²⁹⁵

5.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS SUBPRINCÍPIOS

O princípio da proporcionalidade, de lado a dificuldade de sua conceituação²⁹⁶ e a sua aplicabilidade a outras esferas do direito, exerce sua função primordial e se destaca na teoria dos direitos fundamentais.²⁹⁷ Nessa seara, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade é um mecanismo eficaz de proteção aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho aponta que a essência e destinação do princípio da proporcionalidade é, justamente, preservar os direitos fundamentais.²⁹⁸ Dessa forma, é o princípio da proporcionalidade que permite fazer a ponderação dos direitos jusfundamentais, seja para auxiliar na solução jusfundamentalmente correta da colisão de direitos fundamentais, indicando qual dos princípios deve prevalecer no caso concreto e restringindo ao mínimo o direito oposto, seja na formulação da ação prestacional positiva devida pelo Estado, tendo por base uma obrigação *prima facie*.

Numa perspectiva estrutural, o princípio da proporcionalidade compreende três subprincípios ou princípios parciais, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação indica uma relação meio-fim, ou seja, impõe a averiguação da aptidão de determinada medida para fomentar o resultado desejado.

Bastos, 2002, p. 82 e GUERRA FILHO, Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001)

²⁹⁵ ALEXY, *Colisão de direitos...*, p.75

²⁹⁶ Bonavides, citando o publicista francês Xavier Philippe, anota que a ponderação compreende-se entre aqueles conceitos no qual a compreensão é mais fácil que a definição (BONAVIDES, *Curso de direito...*, p.356).

²⁹⁷ BONAVIDES, *Curso de Direito...*, p 359.

²⁹⁸ GUERRA FILHO, *Sobre o princípio da...*, p.260.

Deve responder à indagação se o meio empregado pode promover o fim pretendido. Luiz Virgílio Afonso da Silva, advertindo que um meio que apenas fomenta ou promova um objetivo, ainda que este não seja completamente realizado, também preenche os requisitos da adequação, chama a atenção para a incorreção do verbo “alcançar” propugnando pela utilização do verbo “fomentar” para referir-se ao fim pretendido.²⁹⁹ Ou, na expressão de Guerra Filho, o importante para a adequação é a “conformidade com o objetivo”.³⁰⁰ Barros, também, menciona a “não exigência de uma absoluta concatenação entre o meio empregado e o resultado obtido”.³⁰¹

Dessa forma, não se exige que a medida realize completamente todo o conteúdo do objetivo pretendido, mas que ela contribua, em alguma proporção para fomentar a sua realização. A medida será inadequada apenas quando “a sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”.³⁰² Segundo Barros, o exame da idoneidade da medida é realizado sob um enfoque negativo.³⁰³

O princípio da necessidade, por outro lado, impõe que o meio empregado para fomentar a realização de um direito fundamental não possa ser substituído por outro igualmente eficaz, mas que limite, em menor medida, um outro direito fundamental. Assim, se há várias formas para se chegar ao resultado pretendido, deve-se adotar aquela que afete com menos intensidade os direitos contrapostos. Uma medida somente será necessária quando não se puder eleger outra tão eficaz quanto, mas que traga menor prejuízo ao direito fundamental afetado.

Esse princípio refere-se, segundo Karl Larenz, ao meio mais idôneo e à menor restrição possível.³⁰⁴

Canotilho, procurando conferir maior operacionalidade prática ao princípio da necessidade, por ele denominado de princípio da exigibilidade, acrescenta à análise os seguinte elementos:

- a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais «poupado» possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a

²⁹⁹ AFONSO DA SILVA, *O proporcional e...*, p.36.

³⁰⁰ GUERRA FILHO, *Teoria processual da...*, p.85.

³⁰¹ BARROS, *O princípio da...*, p.79.

³⁰² AFONSO DA SILVA, *O proporcional e...*, p.37.

³⁰³ BARROS, *O princípio da...*, p.80.

³⁰⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.585.

necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.³⁰⁵

O uso de expressões comparativas como “meio mais idôneo” e “menor restrição” demonstra, desde já, que o exame da necessidade realiza-se mediante a comparação entre diversos meios, enquanto o exame da adequação procede a uma análise de um meio individualmente considerado e o fim perseguindo.

Em síntese, os dois princípios parciais analisados podem ser resumidos com apoio na decisão do Tribunal Constitucional Federal que, pela primeira vez, os enuncia com precisão e clareza: “o meio é adequado quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente mais eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.³⁰⁶

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que o meio utilizado se encontre em razoável proporção com o fim perseguido, revelando uma idéia de equilíbrio entre valores e bens. Ou seja, procede-se a uma análise da relação custo-benefício. Assim, deve haver um sopesamento das vantagens e desvantagens ocasionadas pela restrição a um direito fundamental e a realização do outro direito fundamental que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Afonso da Silva adverte que o juízo de desproporcionalidade da medida não exige necessariamente a não-realização do direito oposto, bastando para avaliar uma medida como desproporcional em sentido estrito que os motivos que apóiam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição, naquela intensidade, ao outro direito fundamental que com ele colide.³⁰⁷

O peso dos princípios é determinado no caso concreto, em relação aos princípios conflitantes, pelo que só se pode falar de princípios relativos. Nesse sentido que Canotilho afirma que a ponderação de princípios conduz a uma “hierarquia axiológica móvel” que estabelece um peso maior ou menor entre os princípios de

³⁰⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.270.

³⁰⁶ BverfGE 30, 316, em julgado de 16.03.1971. *Apud* GUERRA FILHO, *Teoria processual da...*, p. 84.

³⁰⁷ AFONSO DA SILVA, *O proporcional e...*, p.41.

forma instável, ou seja, válida para um caso concreto e podendo-se a relação de valor inverter-se noutro caso.³⁰⁸

Também Larenz adverte que o peso conferido aos bens jurídicos deve ser orientado pela situação concreta, negando a matematização da ponderação, bem como a existência de uma ordem hierárquica dos bens jurídicos em que se lê o resultado como numa tabela. Ponderar, ao contrário, é uma imagem e não uma grandeza quantitativamente mensurável.³⁰⁹

A racionalidade da ponderação, entretanto, remete ao argumento jurídico específico formulado por Alexy sob a denominação de “lei de ponderação”, que ele identifica com o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a proporcionalidade em sentido estrito, consubstanciando a “lei de ponderação”, exige que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.³¹⁰

A ponderação deve, então, suceder em três fases. Na primeira fase, deve ser determinado o grau de não realização ou prejuízo de um direito fundamental, isto é, a intensidade da intervenção. Na segunda fase, há a necessidade de se comprovar a importância da realização do direito fundamental colidente e as razões que justificam a intervenção. Finalmente, na terceira fase deve ser comprovado se a importância da realização de um direito fundamental justifica o prejuízo ou a não realização do outro direito fundamental, realizando-se nessa fase a ponderação propriamente dita.³¹¹

Dessa forma, a lei de ponderação estabelece o que deve ser fundamentado racionalmente – os graus de afetação e de importância dos direitos fundamentais – para justificar o enunciado de precedência condicionada. Por sua vez, a fundamentação racional do enunciado de precedência condicionada, utilizando-se da argumentação jurídica, possibilita que se controle racionalmente a ponderação de bens.³¹²

³⁰⁸ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.227.

³⁰⁹ LARENZ, *Metodologia da ciência...*, p.575.

³¹⁰ ALEXY, *Teoría de los...*, p.161.

³¹¹ ALEXY, *Colisão de direitos...*, p.78.

³¹² ALEXY, *Teoría de los...*, p.160-169. Canotilho também adverte que a ponderação não é de modo algum um modelo de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos, já que requer uma cuidadosa “topografia do

Convém mencionar, ainda, que na aplicação do princípio da proporcionalidade os dois primeiros subprincípios referem-se aos meios faticamente possíveis, considerando-se adequado o meio capaz de promover o fim desejado e necessário o meio que não pode ser substituído por outro igualmente eficaz e menos danoso ao direito fundamental afetado. Ou seja, há uma análise individual e comparativa, respectivamente, das possibilidades fáticas de otimização do direito fundamental.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas de otimização de um princípio, já que é a importância do seu cumprimento que determinará a medida permitida de afetação do princípio oposto.

A aplicação dos princípios parciais, ademais, atende a uma relação de subsidiariedade que impõe a seguinte ordem pré-definida de emprego: (1º) adequação, (2º) necessidade e (3º) proporcionalidade em sentido estrito. Dessa afirmação pode-se extrair que o teste da adequação obrigatoriamente precede o teste da necessidade e este, por sua vez, precede o da proporcionalidade em sentido estrito, bem como que o manejo do princípio da proporcionalidade não requer sempre a análise de todos os três princípios parciais.

Esse critério de aplicação do princípio da proporcionalidade foi, na doutrina nacional, primeiramente explicitado por Afonso da Silva, que o resume nos seguintes termos: “com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade”.³¹³

conflito” somada a justificação da solução do conflito apresentado no caso concreto (CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.225).

³¹³ AFONSO DA SILVA, *O proporcional e...*, p.34.

PARTE II
O DIREITO AO PROCEDIMENTO ADEQUADO À PROTEÇÃO

CAPÍTULO 6

PROTEÇÃO MEDIANTE NORMAS DE DIREITO MATERIAL E DE DIREITO PROCESSUAL

6.1 PROTEÇÃO PRIMÁRIA CONCEDIDA PELA NORMA DE DIREITO MATERIAL

A proteção devida pelo Estado aos cidadãos titulares de direitos fundamentais, englobando-se nos deveres de ação positiva do Estado, pode ter por objeto uma ação positiva de natureza fática ou normativa.

Os direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de imposição de norma, ou seja, direitos do cidadão à formulação de normas jurídicas.³¹⁴ Dessa forma, o titular de um direito fundamental tem, perante o Estado, direito à proteção por meio da legislação infraconstitucional, material ou processual.

Vieira de Andrade destaca que “a tutela jurídica dos direitos fundamentais realiza-se, portanto, através de todos os ramos de direito – do direito penal, administrativo, do trabalho, civil, comercial – substantivo ou processual”.³¹⁵

Dessa forma, no âmbito do direito à proteção normativa distinguem-se as normas de direito material e as de direito processual para a proteção.

A própria norma constitucional consagradora de direitos fundamentais já promove a proteção de determinados bens. Assim, a vida, a saúde, a educação, o meio ambiente, o patrimônio cultural, dentre outros bens jusfundamentais, estão acobertados por proteção normativa constitucional.

Canotilho refere-se a essas “realidades da vida”, que as normas consagradoras de direitos fundamentais captam como objeto de proteção, como “âmbito normativo” ou “âmbito de proteção”.³¹⁶

³¹⁴ Como exemplo de um direito à ação positiva normativa, Alexy cita o fato de que, admitindo-se que o nascituro é titular de direitos fundamentais, este teria um direito à ação positiva normativa de proteção por meio de normas de direito penal (ALEXY, *Teoría de los...*, p.195).

³¹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.325.

³¹⁶ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.248.

De outro lado, podem também as normas materiais infraconstitucionais conferir proteção aos bens jusfundamentais. Esta, aliás, é tarefa do legislador ordinário que, por vincular-se diretamente aos direitos fundamentais, assume a obrigação positiva de promoção e proteção destes direitos.

Assim, pode o dever de proteção pode vir exposto na própria norma de direito material. Nesses casos, a norma de direito material presta a tutela primária do direito fundamental, sendo que a norma processual só atuará em caso de descumprimento (ou ameaça de descumprimento) da norma material. Conforme destaca Marinoni, “esse dever do Estado [dever de proteção] deve ser implementado, antes de tudo, por meio de normas de direito material, e apenas em um segundo plano por meio de normas processuais”.³¹⁷

Ademais, Marinoni trata tanto a tutela jurisdicional quanto as tutelas prestadas pela administração pública e, especialmente, pela norma de direito material como espécies do gênero “tutela dos direitos”. Mais uma vez, nas suas palavras, “as normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais – *normas que protegem o consumidor e o meio ambiente*, por exemplo – evidentemente prestam tutela – ou proteção – a esses direitos. É correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material”.³¹⁸

As normas de direito material que prestam a proteção primária aos bens jusfundamentais poderão assumir o caráter preventivo,³¹⁹ bem como poderão impor tanto um não-fazer (proibição de condutas) quanto um fazer (imposição de adoção de determinada conduta) ao poder público ou aos particulares.³²⁰

³¹⁷ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.157. Na seqüência, o autor destaca que “o dever de proteção do Estado deve encontrar vazão não apenas nos procedimentos judiciais e nas técnicas processuais capazes de dar efetiva tutela aos direitos, mas especialmente nas normas de direito material de proteção e na própria atuação da Administração Pública”. (MARINONI, *Técnica processual e...*, p.157, grifos no original).

³¹⁸ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.146 (grifos no original).

³¹⁹ Tratar-se-á da preventividade adiante, no capítulo 6.5.

³²⁰ Como exemplos de normas de direito material que trazem ínsitas a proteção de bens jurídicos fundamentais, podemos citar os art. 17 e 18 do Decreto-Lei nº 25/1937, que protegem o direito à preservação do patrimônio cultural, nos seguintes termos:

“Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado”.

Se um particular ou o Estado estiver na iminência de violar um dispositivo normativo de direito material que proteja um bem jusfundamental (ou efetivamente o violar), o titular do direito (ou o legitimado ativo, no caso das ações coletivas) poderá requerer em juízo a tutela (preventiva) do direito, que significa a tutela da norma de direito material. Garante-se, dessa forma, a inviolabilidade da norma de direito material.

Em sentido semelhante, Marinoni afirma:

[...] no caso da norma destinada à proteção, não importa o conteúdo do que deve ser feito pelo particular – ou seja, se a conduta exigida é positiva ou negativa. Ocorrendo violação de qualquer dessas normas, a atuação da jurisdição – na hipótese de reconhecimento da violação – será de realização do desejo preventivo da norma violada, pouco importando se ela impõe um não-fazer ou um fazer.³²¹

A essas normas preventivas de direito material, que visam conferir efetiva proteção normativa aos direitos fundamentais, deve haver uma correlata tutela jurisdicional, que possibilite realizar o desejo da norma de proteção, evitando que ela seja violada. O processo civil é, portanto, chamado a assumir a função de dar efetividade à norma material de proteção.³²²

A ação que visa efetivar uma norma de direito material que tem cunho preventivo será, necessariamente, uma ação preventiva. Um dispositivo que protege um determinado direito fundamental não admite, em regra, violação e, portanto, a tutela jurisdicional deve atuar de forma a garantir que aquele conteúdo normativo objeto da proteção seja realizado.

“Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto”.

Em matéria ambiental, a norma do art. 18, do Decreto nº. 88.351/83 confere proteção ao meio ambiente nos seguintes termos:

“Art. 18: A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis”.

³²¹ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.337.

³²² Cf. MARINONI, *Técnica processual e...*, p.162. Segundo o autor, “se a prevenção, hoje, é perseguida pelo próprio direito material, é evidente que os direitos de inibir e de remover o ilícito devem ser tratados pelo processo de conhecimento, que então deve passar a exercer novas funções em face do sistema processual tradicional”.

Em síntese, algumas normas de direito material são, em si, normas de proteção de direitos fundamentais, tornando imperiosa a existência de uma ação voltada à tutela da norma, ou seja, uma ação que vise efetivar a norma de proteção.

6.2 PROTEÇÃO CONFERIDA PELA NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Dissertou-se até agora sobre o direito material dotado de fundamentalidade, a sua conceituação e importância, estrutura, funções, a sua eficácia sobre os poderes públicos e sobre os particulares e o seu âmbito de proteção. Entretanto, não se pode olvidar que a efetividade do direito material depende, ao menos quando não atendido voluntariamente, da existência de procedimentos jurisdicionais hábeis a realizar o desejo de proteção da norma de direito material.

Nesse sentido fala-se da interdependência entre direito material e direito processual, de forma a expressar que o direito processual existe para assegurar a atuação da norma substancial e, por outro lado, que a efetividade do direito material depende do processo. São estas as observações de Andrea Proto Pisani:

Stante il divieto di autotutela privata, un ordinamento che si limitasse ad affermare una situazione di vantaggio [...] a livello di diritto sostanziale, senza predisporre a livello di diritto processuale strumenti idonei a garantire l'attuazione del diritto anche in caso di sua violazione, sarebbe un ordinamento incompleto, monco: sarebbe un ordinamento che non potrebbe essere qualificato come giuridico, poiché non garantirebbe l'attuazione del diritto proprio nel momento in cui questo è più bisognoso di tutela, nel momento della sua violazione. Si comprende quindi l'importanza del diritto processuale: dalla sua esistenza dipende la stessa esistenza – a livello di effettività – del diritto sostanziale.³²³

Sem os mecanismos processuais estruturados de forma a dar efetividade aos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, de primeira, segunda ou terceira geração, estes não passariam de mera promessa do legislador constituinte, proclamação retórica destituída de efetividade.

Guerra Filho afirma expressamente a imprescindibilidade do processo para a efetividade dos direitos fundamentais, ressaltando que “sem essa tutela [a tutela

dos direitos fundamentais] eles não passam de meras exortações morais, cuja consagração no texto constitucional se presta mais para a legitimação ideológica de um poder que se assenhora do Estado, sem se ocupar, realmente, da efetivação de nossos direitos básicos, mínimos”.³²⁴

A realização dos direitos também constituiu objeto das preocupações sociológicas de Boaventura de Sousa Santos, que salienta que a ausência de mecanismos aptos a impor judicialmente o respeito pelos direitos fundamentais, especialmente os novos direitos sociais, implicaria a sua transformação em “meras declarações políticas, de conteúdo e funções mistificadores”.³²⁵

Da mesma forma, Sérgio Cruz Arenhart acentua a natureza de “regra moral de comportamento desejável” para estes direitos reconhecidos pelo Estado-legislador, mas destituídos de mecanismos de tutela efetiva.³²⁶ E Ovídio A. Baptista da Silva destaca o caráter de “regra moral”, “poema lírico, nunca uma categoria jurídica” do direito ao qual falte capacidade de realizar-se.³²⁷

E, dando seqüência às lições de Proto Pisani,

[...] il diritto sostanziale – sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata – esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazione di vantaggio afirmate dalle norme sostanziali.³²⁸

A efetividade da norma de direito material consiste, justamente, na materialização da norma abstrata (o dever-ser) na realidade prática (o ser), na concretização do comando normativo no mundo dos fatos, na realização mesma do

³²³ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p.5.

³²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: Willis Santiago Guerra Filho (coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.29.

³²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p.167 e SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: *Revista de Processo*, n. 37, jan./ mar. 1985, p.125.

³²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.26.

³²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. São Paulo: Forense, 2004, p.169.

³²⁸ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto...*, p.6.

direito – e, como lembra Barroso, “o Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este desígnio”.³²⁹

Um dos objetivos da dogmática constitucional da efetividade, impulsionado no Brasil com a redemocratização do país e a Carta Constitucional de 1988, consiste justamente em buscar a implementação nas normas constitucionais, com base na premissa da força normativa da Constituição, no reconhecimento da normatividade dos princípios e na difusão da idéia de que todas as normas constitucionais são dotadas de alguma eficácia.

A crença na Constituição como norma, dotada de caráter imperativo, impõe que seus preceitos possam ser tutelados em juízo. Ou seja, se as normas jusfundamentais investem os cidadãos de posições jurídicas subjetivas, o ordenamento jurídico deve estar dotado de mecanismos aptos a promover a realização prática destes direitos. Barroso adverte que “as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas”.³³⁰

A efetividade do direito material, em especial dos direitos fundamentais, tem constituído preocupação não apenas dos constitucionalistas, mas também da doutrina processual civil contemporânea, como se denota da lição de José Carlos Barbosa Moreira: “se a ordem jurídica reconhece como valiosa determinada posição subjetiva, deve ministrar a quem nela se encontre meios de proteção adequados e eficazes, que garantam na prática ao titular as vantagens a ele inerentes em teoria”.³³¹

Da mesma forma, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, analisando a axiologia que deve permear o processo, destaca o “valor da efetividade” que contribui para a criação de novos mecanismos jurisdicionais congruentes com as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica. Nas suas palavras: “cuida-se de

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.87.

³³⁰ BARROSO, *O direito constitucional e...*, p.123.

³³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p.4.

corrente sociocultural mais bem afinada para a realização efetiva dos direitos, e assim superiormente preocupada com mais acurada tutela da liberdade e dos direitos constitucionalmente relevantes, notadamente os sociais, com destaque à defesa daqueles de natureza difusa ou coletiva”.³³²

Marinoni também destaca que “[...] o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição de autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que estes últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização”.³³³

Diante do monopólio da coação física legítima por parte do Estado e da proibição de autodefesa, a não ser em circunstâncias excepcionais previstas em lei,³³⁴ frustrar-se-iam os escopos das normas de direito jusfundamental sempre que, não havendo o cumprimento espontâneo do direito, não houvesse a previsão de mecanismos de tutela jurisdicional adequados. Assim, a partir da existência do Estado, que assumiu o monopólio da jurisdição, nasceram interligados o direito de ação e o dever do Estado de prestar jurisdição.

O processo é, assim, o instrumento por meio do qual o Estado exerce sua função de prestar a tutela jurisdicional, devendo ser apto a implementar os efeitos que cada norma de direito material pretende produzir no mundo dos fatos.

Algumas décadas antes Mauro Cappelletti já preconizava o caráter instrumental do processo civil, afirmando que “el derecho procesal no es en verdad un fin en sí mismo, sino instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial, público y privado; está, en suma, por decirlo así, al *servicio* del derecho sustancial, del cual tiende a garantizar *la efectividad*, o sea la observancia y, para el caso de inobservancia, la reintegración”.³³⁵

³³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.70.

³³³ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.184/185.

³³⁴ Em outra passagem, Barbosa Moreira adverte que “desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual*, 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.21).

³³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p.5 (grifos no original).

Para que o processo possa, então, receber a qualificação de efetivo, Barbosa Moreira aponta os seguintes requisitos: (i) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica, inclusive aos direitos fundamentais positivados na forma de princípios³³⁶ e aos direitos fundamentais adscritos (implícitos); (ii) estes instrumentos de tutela devem ser praticamente utilizáveis por todos os titulares de direitos, indiscriminadamente, sejam eles sujeitos individuais ou uma coletividade (direitos difusos e coletivos); (iii) deve-se assegurar o direito à ampla produção de provas capazes de influir no convencimento do julgador, bem como o juiz deve adotar uma postura ativa na atividade instrutória; (iv) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo efetivo do bem da vida a que tem direito – essa perspectiva remete à clássica formulação chiovendiana “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” – e, por fim, (v) o processo deve atingir o melhor resultado possível com o mínimo dispêndio de tempo e energia.

A preocupação subjacente à doutrina da efetividade do processo consiste justamente, na observação de Kazuo Watanabe, em conceber um processo plenamente aderente à realidade sociojurídica e que sirva de instrumento à efetiva realização do direito material.³³⁷

Percebe-se que, quando se fala em efetividade do processo, não importa tanto a indagação acerca da implementação das normas processuais no mundo dos fatos, mas, especialmente, a questão acerca de como os mecanismos processuais podem ser manejados de forma a permitir a concretização dos direitos materiais na

³³⁶ Ainda sob a égide da Constituição anterior, Barbosa Moreira já apontava para a justiciabilidade dos direitos consagrados em normas constitucionais programáticas, citando o seguinte exemplo: “quando se lê no art. 180 da Constituição brasileira que o amparo à cultura é dever do Estado”, e no respectivo parágrafo único que ‘ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”, acode ao espírito perguntar a que se reduzirá, *in concreto*, o significado de tão belas palavras, se, faltando acaso o Estado, de modo frontal e inequívoco, ao seu dever de amparar a cultura, ou o Poder Público ao de proteger a paisagem e os bens de valor artístico ou histórico, não for possível reclamar ao juiz que assegure ou restabeleça o império da norma” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33).

³³⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p.19-21.

realidade concreta. Ou seja, a preocupação é, verdadeiramente, com a efetividade da tutela dos direitos materiais por meio do processo.³³⁸

Nesse sentido a doutrina processual civil contemporânea passou a versar sobre questões de acesso à justiça,³³⁹ instrumentalidade do processo³⁴⁰ e efetividade da tutela jurisdicional³⁴¹, numa verdadeira mudança paradigmática do objetivo do processo que, deixando de constituir um fim em si mesmo, passa a preocupar-se com a concretização, na realidade fática, das aspirações consagradas nas normas de direito material, em especial nas normas jusfundamentais. O objetivo do processo é, pois, tornar efetivo o direito material.

Dessa forma, o direito a um procedimento adequado, que possibilite a plena materialização do comando normativo no mundo dos fatos, passa a ser reconhecido como elemento essencial para a realização dos direitos fundamentais, constituindo ele próprio, também, um direito fundamental, como se verá.

³³⁸ Nesse sentido, cf. GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.274-275.

³³⁹ Embora a temática do acesso à justiça venha sendo tratada por diversos autores em diferentes perspectivas, é possível apontar um significado constante consubstanciado no direito de acesso a uma ordem jurídica justa que permita a efetividade da tutela de direitos, consideradas as particularidades das situações de direito substancial e as diferentes posições sociais, que possibilite também a participação das partes na formação da decisão, bem como que garanta o acesso à informação e à orientação jurídicas. Sobre o tema, conferir MARINONI, *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.27-42; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual*, 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.21-32; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.303-306; CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: *Revista de Processo*, n.37, jan./mar. 1985, p.121-139; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. In: *Revista de Processo*, n. 108, out./dez. 2002, p.23-31.

³⁴⁰ A instrumentalidade do processo foi amplamente demonstrada por Cândido Rangel Dinamarco em obra específica sobre o tema, na qual o autor ressalta, num raciocínio teleológico, quais os fins (escopos da jurisdição) que o processo, como instrumento (meio), pretende alcançar: escopos sociais (pacificação social mediante a eliminação dos conflitos com critérios justos e promover a educação para o reconhecimento exercício dos direitos), escopos políticos (afirmação do poder do Estado e sua capacidade de decidir imperativamente, preservação do valor liberdade e assegurar a participação dos cidadãos, ampliando os espaços de democracia participativa) e escopos jurídicos (atuação concreta do direito material, envolvendo a percepção dos valores constitucionais e das circunstâncias sociais). Cf. DINAMARCO, *A instrumentalidade do...*, p.149-223.

³⁴¹ A questão da efetividade da tutela jurisdicional como um direito fundamental será analisada mais detidamente no capítulo 6.3. Por hora, cf. MARINONI, O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria

6.3 O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de ação está assegurado na Constituição da República, em seu art. 5º, XXXV, com a seguinte disposição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entretanto, desde logo cabe observar que o direito de ação³⁴² (e o correspondente dever do Estado de garantia jurisdicional de justiça) resulta não apenas do texto constitucional, mas (i) do monopólio da coação física legítima por parte do Estado; (ii) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; e (iii) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais previstas em lei.³⁴³ Portanto, a partir da existência do Estado, que assumiu o monopólio da jurisdição, nascem, interligados, o direito de ação e o dever do Estado de prestar jurisdição.

Desenvolveu-se doutrinariamente uma ampla discussão acerca do conceito do direito de ação,³⁴⁴ o qual assumiu diferentes conotações ao longo dos

dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, n.28, p.298-338, abril/jun. 2003.

³⁴² Ovídio Batista da Silva distingue entre ação de direito material e ação de direito processual. Aquela seria o agir do titular do direito para a sua realização, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado. Raramente é permitida no direito moderno, devendo ser veiculada através da ação processual, que consiste em agir para obter a prestação da tutela jurisdicional, para que o órgão encarregado de prestar jurisdição realize o direito no lugar do seu titular, desenvolvendo a atividade que este fora impedido de realizar. Em suma, é a manifestação de vontade capaz de por em movimento o órgão jurisdicional do Estado (SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed., v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.75 e ss).

³⁴³ CANOTILHO, *Direito Constitucional e...*, p.493.

³⁴⁴ Assumem especial importância a teoria civilista da ação (cujo expoente foi Savigny); a célebre polêmica sobre a ação travada entre Windscheid e Muther; a teoria do direito concreto de ação devida a Adolf Wach que demonstrou haver uma pretensão (processual) formulada por meio de uma ação (processual) conferida a quem não teria direito (material), valendo-se do exemplo da ação declaratória negativa, com vistas a provar a autonomia da ação (processual) com relação ao direito (material), entretanto, salvo esta exceção, a ação processual seria um novo direito (secundário) atribuído apenas ao titular do direito material; a teoria do direito abstrato de ação, desenvolvida por Degenkolb e Plósz, que afirmavam ser a ação um direito subjetivo público, exercido contra o Estado e conferido a todos indistintamente, independente de serem titulares dos direitos alegados em juízo; por fim, a teoria eclética da ação, formulada por Liebman e que teve grande apoio por parte dos processualistas brasileiros a ponto de ter sido consagrada no Código de Processo Civil nacional, admitindo a autonomia da ação perante o direito subjetivo material, porém condicionando-a à obtenção de um pronunciamento de mérito, independente deste ser procedente ou improcedente. Para uma análise deste tema, conferir: BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo...*, p.75-110 e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. São Paulo: Forense, 2004, p.165-200.

séculos XIX e XX, sem que haja, ainda, consenso a este respeito e havendo, inclusive, quem qualifique essa discussão de inútil.³⁴⁵

Entretanto, Baptista da Silva, a despeito de destacar a mencionada inutilidade, ou melhor, equivocidade, da controvérsia acerca do conceito de ação, ressalta que a mesma contribuiu para o nascimento e cientificidade do direito processual como disciplina autônoma e destacada do direito privado.³⁴⁶

Ademais, a tentativa dos processualistas em apartar a ação processual do direito material e construir um conceito abstrato de ação processual estava ligada ao pressuposto ideológico do racionalismo científico,³⁴⁷ bem como estava inserida no contexto histórico do liberalismo capitalista do séc. XIX europeu.

O direito de ação – abstrato e autônomo em relação ao direito material – era, nessa época, tido apenas como o direito formal de acesso aos tribunais, em consonância com a postura passiva assumida pelo Estado liberal, que apenas obrigava-se a abster-se de impedir ou obstaculizar a propositura da demanda, mas não assumia nenhum compromisso em promover efetivamente o acesso à justiça.³⁴⁸ Não constituía preocupação do Estado questões como a educação e informação para o reconhecimento e exercício dos direitos, a igualdade de oportunidade de acesso à justiça, a diferença substancial entre os litigantes.

Os procedimentos adotados pelo Estado para a solução dos litígios também refletiam a filosofia liberal essencialmente individualista e patrimonialista, preocupadas em conter o arbítrio do Estado-juiz em defesa da liberdade e autonomia individual dos homens.³⁴⁹

³⁴⁵ Conferir, na doutrina italiana, Luigi Paolo Comoglio, que afirma sobre a discussão do conceito de ação que “a tale stregua, però, inevitabilmente il circolo viene a chiudersi e l’azione in sè, come categoria dogmatica, non può non denunziare appieno – lo si ammetta ormai senza remore – la propria attuale (seppur sopravvenuta) inutilità” (COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela nell’otica della domanda giudiziale. In: *Revista di Diritto Processuale*, 1993, p.470). Na doutrina nacional, Ovídio Baptista da Silva também destaca a referida inutilidade, nos seguintes termos: “hoje, passados mais de cem anos de controvérsias sobre o *conceito de ação*, sem que a doutrina se haja conciliado, a não ser no que respeita à inutilidade da própria disputa [...]” (BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.165).

³⁴⁶ BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo...*, p.110.

³⁴⁷ Para uma breve análise do processo civil paradigma racionalista, conferir capítulo 7.2.

³⁴⁸ Cappelletti e Garth apontam que “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva” nos estados liberais burgueses (CAPPELLETTI e GARTH, *Acesso à justiça*, p.9).

³⁴⁹ Na célebre a definição de Montesquieu os juizes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU,

O direito de ação enquanto categoria abstrata e autônoma em relação ao direito material, atribuído a todos os cidadãos independentemente deles possuírem os direitos alegados no processo e, também, independentemente da natureza dos direitos materiais, estava associada à construção teoria de um processo de conhecimento uno e universalizado no procedimento ordinário de cognição plenária. Assim, foi elaborado um procedimento-padrão que se supôs dar conta de todos os litígios. Não importava para o procedimento ordinário as especificidades dos direitos materiais e nem as diferentes posições sociais dos litigantes.

Ocorre que esta tentativa de demonstrar a autonomia do direito processual acabou por acarretar um completo distanciamento da ação em relação ao direito material e, também, da realidade social.³⁵⁰

Essa constatação não passou despercebida por Baptista da Silva que destaca a necessidade de resgatar o elo perdido entre o processo e o direito material, nos seguintes termos:

A tentativa de eliminação dos insuprimíveis vínculos de ligação entre direito material e processo faz-se com tal profundidade e eficácia que somente agora, passados bem mais de cem anos, tornou-se possível, não ainda o resgate, mas uma tímida tentativa de recuperar a idéia de que a jurisdição, e portanto o processo, são instituições criadas pelo Estado com a exclusiva finalidade de realizar a ordem jurídica que ele próprio estabelece. Em última análise, apenas agora foi possível à ciência processual pensar seriamente na *função instrumental do processo*.³⁵¹

Dessa forma, e diante das considerações tecidas acerca da doutrina da efetividade e instrumentalidade do processo, o direito de ação não pode mais ser compreendido como um direito formal e completamente desvinculado do direito material. O direito de ação, na perspectiva da efetividade, deve ser entendido como um direito de acesso à justiça qualificado, uma vez que não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a tutela do direito; “é necessário adjetivar esta

Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p.123). O tema será retomado adiante, no capítulo 7.

³⁵⁰ Cappelletti e Garth afirmam que a Justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 9).

³⁵¹ BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição e execução...*, p. 164.

prestação estatal que há de ser rápida, efetiva e adequada”³⁵². Ou seja, o direito de ação deve ser compreendido como um direito à resposta jurisdicional que, no caso de procedência da demanda, corresponda às necessidades do direito material.

Tomando por base o art. 5º, inciso XXXV da Constituição – que consagra o princípio da inafastabilidade do poder judiciário –, a doutrina processual repensou o direito de ação para afirmar que este tem por conteúdo o direito a uma tutela jurisdicional efetiva, adequada, tempestiva e, ainda, quando for o caso, preventiva.

Essa nova perspectiva de análise, que pode genericamente ser tratada na temática mais ampla do acesso à justiça³⁵³, recebe diferentes designações doutrinárias, entre elas, acesso à ordem jurídica justa; acesso a um processo justo e a garantia de acesso a uma justiça imparcial; garantia de acesso aos tribunais;³⁵⁴ direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva³⁵⁵ etc.

Acrescente-se que foi também a previsão constitucional de direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de direitos difusos e coletivos que impulsionou uma mudança paradigmática na teoria processual civil, conferindo uma nova dimensão ao direito de acesso à justiça,³⁵⁶ como um direito a um processo

³⁵² DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. In: *Revista de Processo*, n.108, ano 27, out./dez. 2002, p.28. Conferir, também, por todos, a análise da temática do acesso à justiça como direito à preordenação de procedimentos capazes de prestar a tutela adequada, tempestiva e efetiva, em MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁵³ Por acesso à justiça, ainda que este tema seja tratado por diversos autores em diferentes perspectivas, podemos entender o seguinte: acesso à justiça consiste no (i) direito de acesso a uma ordem jurídica justa (ii) que permita uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, (iii) considerado as particularidades das situações de direito substancial (iv) e as diferentes posições sociais, (v) que possibilite também a participação das partes na formação da decisão, (vi) bem como que garanta o acesso à informação e à orientação jurídicas. Cf, também, MARINONI, *Novas linhas do...*, p.28. Sobre a promoção do acesso à justiça por meio de mecanismos de tutela judicial e, especialmente, extrajudicial, conferir RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³⁵⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.487 e ss.

³⁵⁵ MARINONI, *O direito à efetividade...*, p.165 e ss.

³⁵⁶ Nesse sentido, Geisa de Assis Rodrigues destaca que “o significado de acesso à justiça como hoje conhecemos só surge efetivamente com a construção de uma nova tipologia de direitos que apresenta inovações subjetivas e objetivas ao paradigma até então dominante. Sob o prisma subjetivo, os direitos de nova geração, ou de nova dimensão, são caracterizados pela transindividualidade [...]. Além desse perfil subjetivo dos direitos transindividuais, estes, em muitas oportunidades, encerram um novel conteúdo, incidindo de forma mais intensa sobre objetos tradicionalmente fora da preocupação jurídica, como por exemplo, a proteção do ar que respiramos. Representam também o abandono da exclusividade do marco patrimonialista, uma vez que muitos dos novos direitos não são passíveis de redução a uma expressão econômica [...]. Por outro lado, assumem feições mais vagas quanto à sua delimitação e vigência do que os direitos clássicos. [...] o direito ao ar puro que

efetivo, adequado e tempestivo. Isso porque, se o processo civil estava estruturado para conceder tutela repressiva (e muitas vezes, pecuniária) aos direitos individuais, a inidoneidade do procedimento ordinário plenário ficou patente diante dos direitos transindividuais muitas vezes invioláveis e não quantificáveis em pecúnia, além das questões da legitimidade, da eficácia da sentença, da ampla dimensão da violação destes direitos, dentre outras questões.

Sousa Santos percebeu este fenômeno afirmando que “a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”.³⁵⁷

Atualmente, alguns autores têm se mostrado sensíveis à necessidade de pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.³⁵⁸ Nesse sentido, convém mencionar a preocupação de Marinoni em conceituar o direito de ação como um direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, inferido do mencionado art. 5º, XXV, da Constituição.

Na acepção de Marinoni:

Tal direito [à tutela jurisdicional] não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição de autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que estes últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.³⁵⁹

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva deve ser pensado na perspectiva dos direitos fundamentais tanto como direito de defesa, quanto, principalmente, como direito a prestações fáticas e normativas.

exige um variado leque de prestações, como, por exemplo, o não lançamento de gases poluentes na atmosfera, a implantação de medidas técnicas (das mais variadas) que mitiguem ou previnam a poluição do ar, o controle dos índices de poluição atmosférica pelo Poder Público etc.” (RODRIGUES, *Ação civil pública...*, p.34-36).

³⁵⁷ SANTOS, *Pela mão de Alice...*, p.167.

³⁵⁸ MARINONI, *O direito à efetividade...*; MARINONI, *Técnica processual e...*, especialmente o capítulo 7 da parte I; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Processual Civil*, Gênese, Curitiba, n. 26, out./dez. 2002.

³⁵⁹ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.184/185

Retomando o tema já mencionado anteriormente,³⁶⁰ ao direito à tutela efetiva, na dimensão de direito de defesa, corresponde um dever negativo (vedação) do Poder Público de impedir ou obstaculizar a exercício do direito de ação, que compreende, dentre outras, a proibição de derrogar as normas de direito processual, bem como elevar as taxas judiciárias.

Mas, é na dimensão de direito prestacional que melhor se enquadra o direito à tutela efetiva, exigindo ações positivas do Estado tanto de prestações normativas (preordenação de procedimentos adequados à tutela dos diferentes direitos materiais) e fáticas (para citar algumas ações: oferta de assistência judiciária gratuita, organização da defensoria pública, organização e aparelhamentos dos tribunais, proteção jurídica concedida pelo juiz).

Em sentido semelhante, Canotilho assevera que a conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional, positivado no art. 20º/3³⁶¹ da Constituição portuguesa, apresenta dupla dimensão: (i) um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos e (ii) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado, no sentido de este o proteger perante a violação de seus direitos por terceiros (dever de proteção do Estado e direito do particular de exigir esta proteção)³⁶².

Ainda com respeito ao direito lusitano, Queiroz ressalta que o “direito a uma tutela ou defesa efetiva dos direitos na sua integralidade” e o “dever, que incumbe ao Estado, de criação de normas procedimentais e organizativas” apresentam-se na dimensão dos direitos prestacionais, pois, de algum modo, requerem uma prestação estatal.³⁶³

No âmbito da doutrina espanhola e tendo por base o disposto no art. 24 da Constituição espanhola,³⁶⁴ David Vallespín Pérez afirma que o direito à jurisdição é

³⁶⁰ Na parte I, capítulo 2.2.

³⁶¹ Art. 20º/3 da Constituição de Portugal: “todos têm direitos a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

³⁶² CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.491.

³⁶³ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.179.

³⁶⁴ Constituição da Espanha, art. 24.1: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

um autêntico direito fundamental de prestação, outorgado a todas as pessoas físicas e jurídicas de direito público e privado, tendo como sujeitos passivos os órgãos jurisdicionais do Estado. Na expressão do autor:

[...] el art. 24 CE supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Por consiguiente, junto al acceso a los tribunales de justicia que se encuentra incorporado en el art. 24.1 CE se ha añadido *algo más*”.³⁶⁵

Avulta, portanto, a importância da conceituação do direito à tutela jurisdicional efetiva como um direito fundamental especialmente prestacional, imprescindível para a proteção e efetividade de todos os demais direitos fundamentais.

6.4 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando as contribuições da “teoria dos direitos fundamentais” tecidas na primeira parte do trabalho, ressalta-se que a partir do próprio direito material reconhecido como fundamental pode-se inferir um feixe de posições jurídicas subjetivas, dentre elas, um direito a que o Estado proteja o titular de direitos fundamentais diante das ameaças e violações perpetradas por terceiros.

Ressalte-se, também, que este direito à proteção dirige-se às atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, de forma que o legislador tem o dever de editar normas que dispensem proteção, inclusive preventiva, aos direitos fundamentais; a administração deve agir materialmente para fiscalizar e atuar concretamente as normas de proteção; e o judiciário, na prestação da tutela

³⁶⁵ VALLESPÍN PÉREZ, David. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2001, p.130. Na tentativa de delinear “quanto mais” incorpora-se ao conteúdo do direito de ação considerando-o como expressão constitucional de tutela efetiva, o autor ressalta que este conteúdo foi sendo, paulatinamente, construído pelo Tribunal Constitucional com base no art. 24/1, CE, sistematiza-o nos seguintes termos: “derecho a la obtención de acuerdo con el principio de congruencia de una sentencia o resolución sobre la demanda o pretensión formulada que habrá de ser en todo caso motivada o fundada; que podrá ser favorable o adversa al demandante e incluso de inadmisión o desestimación si no se cumplen los requisitos o exigencias establecidos por las normas procesales, requisitos que, si son exigencias formales, tampoco deben ser impuestos más allá de criterios de proporcionalidad a fin de no impedir o dificultar con carácter excesivo el ejercicio del derecho de acción; derecho de ejecución de la sentencia o resolución finalmente recaída; derecho a la efectividad de la tutela otorgada y derecho a los recursos, pues una vez admitido

jurisdicional, tem o dever de conferir ao titular do direito fundamental ameaçado ou lesado o resultado prático desejado pela norma, bem como tem o dever de controlar as omissões administrativas e aperfeiçoar a legislação, hermeneuticamente ou por meio do controle de constitucionalidade, visando à proteção efetiva dos direitos fundamentais.³⁶⁶

Assim, as formas de proteção devida pelo Estado podem ser de tipos muito variados, abarcando, por exemplo, a proteção normativa que pode expressar-se mediante normas de direito material (direito penal, administrativo etc.) e de direito processual, bem como pode constituir uma proteção fática (administrativas e judiciais, por exemplo).

Importa, no presente momento de análise, a proteção conferida pelo Estado-legislador aos direitos fundamentais por meio de normas de direito processual civil.

Dessa forma, pode-se afirmar que o titular de um direito fundamental tem um direito subjetivo à proteção, ao qual corresponde, *prima facie*, dentre outros deveres, o dever do Estado de editar normas procedimentais que tenham por objeto proteger os bens jusfundamentais.³⁶⁷

É necessário destacar que a doutrina dos direitos fundamentais, aqui referida principalmente por meio das formulações de Alexy, conceitua o direito à proteção como o direito do titular de direito fundamental ante o Estado para que este o proteja de intervenções de outros particulares, destacando que a atividade do Estado é

legalmente el derecho a ejercitarlo se integra en el mismo" (VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional...*, p.142/143).

³⁶⁶ Nesse sentido, Marinoni esmiúça como o dever de proteção estatal diante do direito do consumidor recai sobre o legislador, a administração pública e o juiz: "Em razão deste dever, o Estado fica obrigado, para proteger o direito do consumidor (por exemplo), a editar regras de direito material destinadas a impedir ou a impor condutas 'relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços [...]'. Como é óbvio, tal dever não se limita à edição de normas, mas também requer atividades concretas de atuação e fiscalização. Se uma norma, considerando que uma conduta poderá gerar danos ou que um fazer é necessário para evitá-los, exige um não fazer ou um fazer, é preciso que, em caso de sua violação, a Administração atue para dar concretude ao desejo de proteção nela instituído. Ou seja, não basta, para o atendimento de seu dever de proteção, que o Estado edite normas proibidoras ou impositivas de condutas; é necessário que tome providências concretas tendente a eliminar ou a corrigir os atos que as violarem, além de fiscalizar o seu cumprimento". E completa o autor, salientando que "o juiz deve dar efetividade às normas de proteção em caso de omissão ou atuação inadequada da Administração Pública. Isso porque o dever de proteção não recai somente sobre a Administração, mas também sobre o juiz". (MARINONI, *Técnica processual e...*, p.327-331).

³⁶⁷ Ver, a respeito, o que foi afirmado no capítulo 2.1 acerca da possibilidade de inferir-se direito subjetivo à proteção a partir do dever objetivo de proteção.

de delimitação das esferas de sujeitos jurídicos iguais.³⁶⁸ Quando muito, os autores referem-se à proteção de um bem jusfundamental diante de ameaças de sujeitos de direito internacional.³⁶⁹

Entretanto, adota-se, no presente trabalho, o entendimento de que o dever estatal de proteção pode, como vem sendo afirmado pela doutrina, consistir numa atividade, seja fática ou normativa, do Estado tendo por fim proteger o bem jusfundamental de ameaças ou atos lesivos perpetrados por particulares. Mas, este dever de proteção pode, também, esgotar-se na atuação (igualmente fática ou normativa) do Poder Público que confira proteção direta ao bem jusfundamental, sem qualquer repercussão na atuação dos particulares.

Explicando melhor o posicionamento, tome-se o exemplo do direito fundamental ao meio ambiente (art. 225 da Constituição Federal). O Estado, para proteger efetivamente o meio ambiente, não deve apenas abster-se de afetar o meio ambiente (direito de defesa), mas deve também atuar faticamente e normativamente com vistas em protegê-lo para as presentes e futuras gerações (dever de prestação em sentido amplo). Dessa forma, o Estado deve proteger o meio ambiente diante de condutas lesivas praticadas por particulares (dever de proteção), deve garantir à sociedade a participação na tomada de decisões relevantes à preservação ambiental, como, por exemplo, as audiências públicas (dever de garantir a participação na organização e procedimento), e, ainda, deve o próprio Estado agir faticamente com vistas em implementar melhorias no meio ambiente (dever de prestação fática).

Esse último dever de prestação fática, que para alguns autores parece enquadrar-se melhor na categoria correlata de direitos fundamentais sociais,³⁷⁰ poderia também ser tratado, sem prejuízos, como uma prestação fática do Poder Público que visa proteger o meio ambiente, e, portanto, ser enquadrado na categoria de direitos à proteção.

³⁶⁸ ALEXY, *Teoría de los...*, p.435/436.

³⁶⁹ BOROWSKI, *La estructura de los...*, p.144.

³⁷⁰ Este parece ser o posicionamento de Alexy para quem o direito fundamental ao meio ambiente, apesar de não constituir um simples direito fundamental social justamente porque pode-se inferir dele um rol de posições jurídicas subjetivas de diferentes tipos (podendo fundamentar direitos de defesa, de proteção, de participação e a uma prestação estatal fática), enquadra-se, no que diz respeito à atuação fática do Estado, nos direitos fundamentais sociais ou direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, *Teoría de los...*, p.428/429).

Há, no presente trabalho, uma opção metodológica pelo enquadramento do direito a uma prestação fática do Estado que tem por fim proteger um bem jusfundamental, sem qualquer repercussão na atuação dos particulares, dentre os direitos à proteção. Justifica-se esta opção em razão da tutela processual de proteção aos direitos fundamentais poder ter por objeto tanto a imposição de um fazer do Poder Público que confira uma proteção direta a um bem jusfundamental, quanto a imposição de um fazer do Poder Público com o fim de proteger o bem jusfundamental de atos lesivos praticados por particulares, e, ainda, pode ter por objeto a própria atuação do particular no sentido de impor que este cumpra a norma de proteção.

Referindo-se às normas que se podem extrair do texto do art. 225, § 1º, da Constituição, Marinoni adverte que “embora todas estas normas tenham o *Poder Público como destinatário*, para algumas a prestação pode se exaurir em ato *estatal* e, para outras, objetiva-se, com a prestação estatal, impedir ato do *particular*”.³⁷¹

Todas essas atuações estatais, que podem consistir num fazer ou não fazer fático ou normativo, com repercussões ou não sobre a esfera jurídica dos particulares, são *a priori* justificáveis sob o fundamento da proteção aos direitos fundamentais. Assim, a tutela processual de proteção aos direitos fundamentais pode ter por objeto tanto a imposição ao Poder Público de um não fazer, no sentido de abster-se de violar o direito fundamental, quanto de um fazer que confira proteção direta ao bem jusfundamental, e, ainda, a imposição de um fazer fático ou normativo do Poder Público com o fim de proteger o bem jusfundamental de atos lesivos praticados por particulares.

Entretanto, conforme já ressaltado, os direitos fundamentais não incidem apenas sobre o poder público, mas também sobre os particulares, no fenômeno que tem sido denominado pela doutrina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Dessa forma, a tutela processual de proteção pode ter, também, por objeto a atuação (fazer ou não fazer) do particular, no sentido de impor que este cumpra a norma infraconstitucional de proteção (eficácia indireta ou mediata do direito fundamental). Mas, ainda que não haja lei regulando as esferas dos sujeitos jurídicos iguais, a norma

³⁷¹ MARINONI, *Técnica processual e...*, p. 335 (grifos no original).

de direito fundamental pode incidir para impor ao particular uma determinada conduta, desde que o juiz proceda à harmonização (valendo da proporcionalidade) do direito fundamental com o princípio contraposto da autonomia privada (eficácia direta ou imediata do direito fundamental).

O que se pretende, em última análise, é garantir a incolumidade das normas jusfundamentais. No exemplo mencionado, deve-se tutelar a norma que garante que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225 da Constituição).

Percebe-se, do quanto foi exposto, que a necessidade de preordenação de procedimentos que garantam a tutela efetiva de proteção dos direitos fundamentais, para todas as hipóteses referidas, decorre da própria norma constitucional que consagra o direito fundamental.

Dessa forma, o procedimento caracteriza-se por ser o instrumento do qual o Estado, que proibiu a autotutela, vale-se para produzir o resultado desejado pela norma de direito fundamental e, com isso, garantir a efetividade do direito fundamental. Trata-se, justamente, da realização dos direitos fundamentais por meio do procedimento.

Dessa constatação, pode-se afirmar que o dever do Estado-legislador de editar normas processuais civis que tenham por objeto proteger os bens jusfundamentais está “enraizado” no próprio direito fundamental material.

Argumentando a favor da existência de direitos procedimentais, Alexy, valendo-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, afirma que “a todo derecho fundamental material le están adscriptos derechos procedimentales”.³⁷²

No que diz respeito à justiciabilidade dos procedimentos, ou seja, à possibilidade de inferir-se direitos subjetivos a partir dos deveres do Estado de proteger os direitos fundamentais e de promover a realização de determinados procedimentos, Alexy observa que “el enraizamiento de la protección a través del

³⁷² ALEXY, *Teoría de los...*, p.460.

procedimiento en los derechos fundamentales materiales fundamenta un argumento *prima facie* para su subjetivización”.³⁷³

Assim, considerando que a proteção jurídica eficaz é um elemento essencial do próprio direito fundamental material, pode-se afirmar que o titular de um direito fundamental tem direito subjetivo à preordenação de procedimento capaz de promover uma tutela adequada, tempestiva e efetiva ao bem jusfundamental.

Ainda segundo Alexy, “allí donde las normas procedimentales pueden aumentar la protección de los derechos fundamentales, están exigidas *prima facie* por principios iusfundamentales”.³⁷⁴

Esse direito subjetivo *prima facie* ao estabelecimento de determinada norma procedimental, decorrente do próprio direito fundamental material, dirige-se primeiramente ao legislador.

Se a proteção efetiva do direito fundamental exige determinado procedimento, o legislador tem o dever de dotar o ordenamento jurídico desta previsão procedimental, sob pena de negar realização à norma jusfundamental. A previsão de procedimentos adequados para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos fundamentais pode ser vista como expressão do dever de proteção do Estado.

Nesse sentido, processualistas vêm revisitando o direito à efetividade da tutela jurisdicional à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Marinoni destaca que “o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas adequadas e à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção”.³⁷⁵

Marcelo Lima Guerra, tratando do direito fundamental à tutela efetiva sob a denominação sugerida por Barbosa Moreira de “postulado da máxima coincidência possível”, que significa proporcionar “ao titular do direito subjetivo tutelado a maior proteção possível”, destaca a necessidade de existência de “um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de

³⁷³ ALEXY, *Teoría de los...*, p.460.

³⁷⁴ ALEXY, *Teoría de los...*, p.474.

³⁷⁵ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.186.

proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”.³⁷⁶

Na doutrina espanhola, partindo da hermenêutica do art. 24.1, CE³⁷⁷, que garante um direito à tutela judicial efetiva, Álvaro Gil-Robles destaca a necessidade de um compromisso positivo para a busca e a consolidação desta efetividade, dirigido também ao legislador, que tem o dever de prestação normativa para garantir a efetividade da tutela judicial.³⁷⁸

Referindo-se ao “derecho a la jurisdicción” como o direito subjetivo do indivíduo a que o Estado, diante da proibição de iniciativas individuais de solução dos conflitos intersubjetivos, se organize de modo a garantir os imperativos da justiça como valor superior do ordenamento jurídico, Vallespín Pérez ressalta que “la idea de justicia es una exigencia que comporta tanto la obligación por parte del Estado de desarrollar un conjunto de actividades dirigidas a lograr el cumplimiento de tal valor, como la existencia para los ciudadanos de un auténtico derecho subjetivo a que el poder público se organice de forma que los imperativos de justicia se encuentren mínimamente garantizados”.³⁷⁹ Dessa forma, o autor conclui que o direito à jurisdição constitui um autêntico direito fundamental de prestação.³⁸⁰

Assim, as normas procedimentais da legislação processual civil, que são sistemas de regras e princípios para a obtenção de um resultado,³⁸¹ devem estar estruturadas de tal forma que o resultado confira proteção aos direitos fundamentais.

³⁷⁶ GUERRA, *Os direitos fundamentais e...*, p.102.

³⁷⁷ O art. 24/1, da Constituição Espanhola, tem a seguinte redação: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

³⁷⁸ Gil-Robles apóia-se da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, o qual confirmou que “la tutela judicial es un derecho de prestación, cuya efectividad necesita de la mediación de la Ley” (GIL-ROBLES, Álvaro. *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p.94).

³⁷⁹ VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional...*, p.108.

³⁸⁰ VALLESPÍN PÉREZ, *El modelo constitucional...*, p.113/114.

³⁸¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.457/458. Em outra passagem, Alexy afirma que “condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos” (ALEXY, *Teoría de los...*, p. 472).

6.5 A PREVENTIVIDADE ÍNSITA NAS NORMAS JUSFUNDAMENTAIS

É necessário ressaltar que, por vezes, o próprio conteúdo da norma de direito material é preventivo. Ou seja, a norma de direito material concede proteção primária ao bem jusfundamental visando, exatamente, garantir a incolumidade daquele bem, a fim de impedir que ele seja lesado. Nestes casos, a violação da norma material de proteção constitui propriamente a negação do bem jusfundamental.

Assim, alguns direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à proteção do patrimônio cultural, estão, na definição de Canotilho, “estruturalmente ancorados” no princípio da prevenção.³⁸²

Com relação à tutela preventiva do meio ambiente, Carla Amado Gomes ressalta que o direito ambiental “seria um daqueles domínios em que, por virtude das especificidades próprias do objeto de tutela, a prevenção seria um dado adquirido, uma *segunda pele* da maioria das normas”.³⁸³

Mas a noção de preventividade, que no direito ambiental traduz-se no fato de que “na iminência de uma actuação humana, a qual comprovadamente lesará, de forma grave e irreversível, bens ambientais, essa intervenção deve ser travada”,³⁸⁴ deve ser estendida aos demais bens jusfundamentais.

Muitos direitos fundamentais (os direitos da personalidade, o direito à preservação do patrimônio cultural, o direito ao meio ambiente, por exemplo) são nitidamente direitos não-patrimoniais, expressamente afirmados pela Constituição como invioláveis, portanto, soa óbvio, que sejam direitos que importam enquanto não violados. O desejo de proteção da norma de direito material somente é alcançado quando a intervenção lesiva, seja dos particulares, seja do próprio Estado, é barrada.³⁸⁵

³⁸² Canotilho ressalta que “como é reconhecido pela doutrina jusambientalista mais recente, é quase escandaloso que um ramo do direito estruturalmente ancorado no *princípio da prevenção* ainda não tenha levado o legislador a recortar, em termos eficazes, processos judiciais cautelares, céleres e justos, para a defesa do direito ao ambiente e protecção dos ecossistemas naturais” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995, p.101).

³⁸³ GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*. Coimbra: Coimbra, 2000, p.21.

³⁸⁴ GOMES, *A prevenção à prova...*, p.22.

³⁸⁵ Barbosa Moreira, no ano de 1978, já anunciava a imprestabilidade da tutela sancionatória, que apenas atua após a lesão ao direito, para as relações jurídicas de conteúdo não patrimonial, ressaltando, com relação aos direitos da personalidade, que “não há quem não perceba o carácter de franca mistificação que assume aí, em

Para esses direitos, a tutela jurisdicional somente será efetiva se alcançar o resultado substancial desejado pelo direito material, isto é, a proteção preventiva. Dessa forma, impõe-se a estruturação de procedimentos jurisdicionais que, possibilitando a concretização do princípio da prevenção, iniba a violação do direito fundamental.

Ademais, considerando que o procedimento jurisdicional estruturado de forma a proteger os bens jusfundamentais está “enraizado” no próprio direito fundamental material, pode-se afirmar que, se a norma jusfundamental material traz ínsita a prevenção, o procedimento legalmente previsto para conceder-lhe proteção deve, necessariamente, permitir uma proteção preventiva, sob pena de não cumprir seu objetivo de realizar efetivamente o direito material.

Assim, o procedimento, para concretizar o princípio da prevenção, deve possibilitar a atuação jurisdicional antes da violação da norma de direito material. Um dispositivo que protege um determinado direito fundamental não admite, em regra, violação e, portanto, a tutela jurisdicional deve atuar de forma a garantir que aquele conteúdo normativo objeto da proteção seja realizado.

Portanto, com relação aos direitos fundamentais não basta que a tutela jurisdicional seja adequada e tempestiva. Para afirmar-se que a prestação jurisdicional do Estado é realmente efetiva, impõe-se que a tutela seja, também, preventiva.

Nesse sentido, referindo-se ao direito ao meio ambiente, Canotilho afirma que “dada a irreversibilidade de muitas lesões ecológico-ambientais, justifica-se plenamente a institucionalização de remédios jurisdicionais *preventivo-inibitórios* [...] destinados a *prevenir* lesões futuras aos ecossistemas e a *inibir* ou impedir acções perturbadoras do ambiente”.³⁸⁶

regra, uma tutela atuada em termos de simples compensação pecuniária. Certas coisas, sabe-o bem o povo, não há dinheiro que pague”. E mais adiante adverte: “Análogo discurso poderia fazer-se com referência aos denominados ‘interesses difusos e coletivos’[...]. Se a Justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia” (MOREIRA, *Tutela sancionatória e...*, p.24.)

³⁸⁶ CANOTILHO, *Proteção do ambiente e...*, p.102 (grifos no original).

Pode-se afirmar, portanto, que a ação que visa efetivar uma norma de direito material que tem cunho preventivo será, necessariamente, uma ação preventiva. Esta ação recebeu da doutrina processual civil a denominação de “ação inibitória”.

Essa constatação não passou despercebida a Marinoni, ao destacar que “o direito à tutela inibitória está contido na própria estrutura da norma que institui algumas espécies de direitos, pois não há como conceber a existência de norma que outorgue direito inviolável sem conferir direito à inibição do ilícito”.³⁸⁷

O fundamento da tutela inibitória ou da proteção preventiva dos direitos fundamentais encontra-se, portanto, na própria norma de direito material e no dever de proteção assumido pelo Estado, pois, na sua ausência, o Estado estaria negando efetividade ao direito fundamental por ele mesmo proclamado. A fundamentação, assim, extrapola o âmbito do direito processual civil para encontrar abrigo na teoria dos direitos fundamentais.

Marinoni também destaca esta questão:

o direito à inibição do ilícito está no plano do direito material, pois decorre da sanção que compõe a própria norma que outorga o direito, e não na esfera do direito processual. O processo é somente técnica para a prestação da tutela inibitória, pois esta última já é garantida pelo direito material. No entanto, se o processo, diante da natureza de alguma situação de direito substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela preventiva.³⁸⁸

O Estado, portanto, apenas desincumbe-se do seu dever de proteção aos direitos fundamentais estruturados sob o princípio da prevenção ao prever mecanismos processuais aptos a conceder-lhes tutela jurisdicional preventiva, garantindo a integridade do direito jusfundamental em si.³⁸⁹

Acrescente-se, como reforço de juridicidade, que a tutela preventiva pode encontrar fundamentação, também, na própria configuração do Estado de direito,³⁹⁰ que não se limita a proclamar direitos fundamentais e a abster-se de violá-

³⁸⁷ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.182.

³⁸⁸ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.182/183.

³⁸⁹ Mais uma vez, Marinoni destaca que a estruturação das ações inibitória e de remoção do ilícito “tem relação com o dever de proteção do Estado e com as novas regras jurídicas de conteúdo preventivo” (MARINONI, *Técnica processual e...*, p.374).

³⁹⁰ O Estado de direito, conforme já verificado no Capítulo 1 deste trabalho, está genética e funcionalmente interligado à garantia de direitos fundamentais (Cf. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p.26), mas, como demonstra Canotilho, está também qualificado por outros atributos, quais sejam, a juridicidade,

los, mas que se compromete a adotar medidas positivas, normativas e fáticas, de promoção e proteção dos direitos fundamentais. De outra forma, sem os mecanismos processuais preventivo-inibitórios que assegurem a concretização fática do desejo normativo jusfundamental (desejo preventivo, nestes casos), os direitos fundamentais invioláveis proclamados pela Constituição estariam desprovidos de efetividade e teriam função meramente retórica.

O Estado descumpriria, assim, sua própria função jurisdicional, pois, como adverte Barbosa Moreira, “desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas”.³⁹¹

O Estado de direito tem, portanto, implicações normativas que se estendem ao âmbito processual civil, uma vez que impõe a previsão de institutos jurídicos adequados à tutela dos direitos fundamentais consagrados.

Nesse sentido, os processualistas, preocupados com a efetividade do direito material por meio do processo, têm reconhecido a tutela preventiva como ínsita ao Estado de direito e ao próprio ordenamento jurídico.

Manorini afirma de forma clara: “a tutela preventiva é imanente ao Estado de Direito e está garantida pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República,

democracia, socialidade e sustentabilidade ambiental. Esse Estado de direito que é democrático “e só sendo-o é que é Estado de direito” deve limitar-se pelo direito e estruturar-se como uma ordem de domínio legitimada pelo povo; ademais, deve garantir a todos o amplo acesso à justiça e a um processo justo e deve ter, dentre seus objetivos, a realização de uma democracia social, econômica e cultural, informada por deveres de solidariedade e inclusão do outro, bem como a promoção de políticas públicas pautadas pelas exigências de sustentabilidade ecológica e de comportamentos “amigos do ambiente”. Na acepção de Canotilho, este é um “Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p.23-45).

³⁹¹ MOREIRA, *Tutela sancionatória e...*, p.21. No mesmo sentido, Marinoni também vem advertindo que “o Estado, ao proibir a autotutela privada e assumir o monopólio da jurisdição, assumiu também o dever de tutelar de forma efetiva todas as situações conflituosas concretas; o Estado, portanto, não pode deixar de dar resposta adequada aos direitos por ele mesmo proclamados [...]”, e acrescenta que “a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores” (MARINONI, *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.65).

razão pela qual é completamente desnecessária uma expressa previsão infraconstitucional para a propositura da ação inibitória”.³⁹²

Demonstra também esta preocupação Arenhart:

Sem embargo da expressa previsão constitucional, a necessidade de proteção preventiva poderia mesmo ser extraída como ínsita ao ordenamento nacional, como verdadeira condição de sua existência. Realmente, se alguns dos direitos mais fundamentais – entre os quais os direitos personalíssimos – não podem ser satisfeitos por mera proteção repressiva, *a posteriori*, por recomposição patrimonial (mesmo porque não têm conteúdo patrimonial), então o ordenamento brasileiro, ao prevê-los, deve dispor de mecanismos para torná-los efetivos e reais”.³⁹³

Esse argumento, em realidade, como se percebe dos excertos transcritos, vale para qualquer direito, seja fundamental ou não, consagrado no ordenamento jurídico nacional e que demande proteção preventiva.

Por outro lado, o fundamento processual da tutela inibitória encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual garante a prestação da tutela jurisdicional diante da afirmação de mera “ameaça a direito”. Uma das dimensões do direito à efetividade da tutela jurisdicional – que não deixa de ser um direito fundamental processual positivado constitucionalmente – consiste, justamente, em conceder tutela jurisdicional preventiva sempre que necessária à satisfação de qualquer direito material ameaçado de violação.

A partir desse dispositivo constitucional Marinoni extrai um princípio geral de prevenção, observando que “atualmente, diante da inclusão da locução ‘ameaça a direito’ na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito”.³⁹⁴

Assim, todas as situações, ainda que não tipificadas, que necessitam de tutela preventiva, abrem a oportunidade para o uso da tutela inibitória.

A tutela inibitória, portanto, não está adstrita a uma categoria de direitos (fundamentais) nem a direitos que apresentam uma especial natureza (direitos

³⁹² MARINONI, *Tutela inibitória*, p. 47.

³⁹³ ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.219.

³⁹⁴ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.180.

absolutos)³⁹⁵, relacionando-se, tão-somente, com a inadequação da tutela repressiva e com a necessidade de prevenção que pode manifestar-se a todos os direitos. Essa é a tese de quantos defendem a atipicidade da tutela preventivo-inibitória, que na doutrina italiana fazem-se representar por Cristina Rapisarda e Michele Taruffo³⁹⁶ e na doutrina brasileira por Marinoni.³⁹⁷

Enfim, e porque emblemática da necessidade geral de prevenção, vale a transcrição do pensamento de Barbosa Moreira: “ao nosso ver, as melhores possibilidades – assim como as maiores necessidades – situam-se no campo da tutela preventiva. Em tema de proteção jurisdicional de direitos, como alhures, mais vale prevenir que remediar”.³⁹⁸

As digressões empreendidas a respeito da necessidade de prevenção ínsita a algumas normas jusfundamentais tiveram o intuito de demonstrar como a tutela preventiva decorre de uma compreensão adequada dos direitos fundamentais e sua multifuncionalidade, em especial a função de proteção positiva aos bens jusfundamentalmente consagrados. Trata-se, em verdade, de um reforço de juridicidade da tutela preventiva em relação aos bens jusfundamentais impregnados de valores que representam decisões básicas jurídico-constitucionais da sociedade.

De qualquer sorte, a proteção preventiva dos direitos fundamentais extrapola uma fundamentação meramente processual, impondo-se, em verdade, ao

³⁹⁵ Uma parte da doutrina italiana entende que as situações substanciais expressamente tuteláveis por meio da inibitória referem-se a direitos absolutos. Assim, a tutela inibitória final seria uma forma atípica de tutela dos direitos absolutos e a concessão do remédio inibitório seria uma mera projeção processual do *ius excludendi* implícito na estrutura do direito absoluto. Cf., para uma exposição deste entendimento da doutrina italiana e posterior crítica, RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p.159-184.

³⁹⁶ Criticando a postura daqueles que restringem a tutela inibitória aos direitos absolutos, os autores advertem que “essa nosa tiene, tuttavia, conto del fatto che, nella logica del legislatore, l’inibitoria non è prevista in funzione della natura del diritto (o del bene) da tutelare, bensì in funzione delle specifiche necessità di tutela preventiva derivanti soprattutto dall’inadeguatezza della tutela restitutoria o risarcitoria [...]. D’altronde, non si vede perché la prevenzione dell’illecito debba essere limitata a tale categoria, e non estesa a tutti i casi nei quali la tutela risarcitoria sia impossibile o, comunque, inadeguata”. E, em seguida, buscam o fundamento da tutela preventivo-inibitória na norma do art. 24 da Constituição italiana, afirmando que “esiste, invece, un principio generale dal quale è possibile dedurre l’ammissibilità di siffatta tutela ogniqualvolta essa sia indispensabile o utile per la completa ed effettiva attuazione di una situazione sostanziale. Tale principio è contenuto nell’art. 24, 1º co., Cost., inteso come norma generale diretta a garantir ela disponibilità di adeguati strumenti di tutela giurisdizionale per ogni situazione sostanziale giuridicamente rilevante”. (RAPISARDA, Cristina e TARUFFO, Michele. Inibitoria (azione). *Enciclopedia Giuridica Trecanni*. v.17, p.7 -9).

³⁹⁷ Marinoni, como já demonstrado em diversas passagens, vem afirmando a existência de um princípio geral de prevenção, imanente a qualquer ordenamento jurídico, e que constitucionalmente garantido pelo disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição. (MARINONI, *Tutela inibitória*..., p.55-68).

próprio legislador infraconstitucional incumbido de conferir-lhe proteção preventiva normativa e fática.

³⁹⁸ MOREIRA, *Notas sobre o...*, p.41.

CAPÍTULO 7

A INSUFICIÊNCIA DO REGRAMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO

7.1 PROCESSO CIVIL E REALIDADE SOCIAL: APROXIMAÇÃO E DISTANCIAMENTO

O direito processual civil vive um paradoxo: ao mesmo tempo em que o processo civil representa o direito na sua dimensão dinâmica, justamente por ser o direito que se realiza no “tumulto da vida forense”, sendo, portanto, o ramo do direito mais próximo da realidade fática,³⁹⁹ ele, o processo civil, é o que mais sofre a defasagem ínsita ao direito em relação às mudanças aceleradas operadas na realidade.

Melhor explicando. O processo civil significa o direito realizado/concretizado na experiência forense; é a problematização da norma abstrata; a abstração transformada em caso conflitivo concreto; é o fato, o conflito, a necessidade insatisfeita, o homem de carne e osso ou grupos sociais que pedem ao Estado proteção, que lhe batem às portas com um problema e esperam solução.

Tentar-se-á demonstrar neste item como a metodologia jurídica desenvolvida no paradigma racionalista danifica diretamente o direito processual civil. Apenas adiantando o que será analisado mais adiante, a construção de uma ciência jurídica normativa, abstrata, formal e ahistórica afeta mais gravemente o direito na sua dimensão dinâmica (direito processual) do que na estática (direito material).

Essa é a observação de Baptista da Silva:

Os juristas do direito material levam, a esse respeito, uma apreciável vantagem sobre os que se dedicam ao direito que se realiza no tumulto da vida forense. Certamente o direito, em sua dimensão estática, enquanto concebido como direito material, tem condições de suportar, com maiores chances de sobreviver, essa mutilação metodológica, na verdade, epistemológica, do que o direito dinâmico, representado pelo Processo.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Noções retiradas da obra: BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.01/02.

⁴⁰⁰ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia*, p. 01.

Por óbvio que aquele ramo do direito que mais se aproxima da prática social sofre maiores prejuízos com o distanciamento de sua ciência da realidade.

Por outro lado, o processo sofre ainda uma outra defasagem. A sociedade contemporânea, globalizada, está marcada pelo progresso das técnicas de informática que imprimem no mundo características de rapidez, fluidez, fragmentação e contração do espaço e do tempo.⁴⁰¹ O direito tenta seguir a dinamicidade da realidade social, sempre mais veloz e complexa do que aquele. O processo, por seu turno, como ferramenta que visa tornar efetivo o direito material, deve se adequar às novas necessidades do direito material que, por sua vez, tentaram se adequar à realidade social.

Essa “dupla defasagem do processo” foi percebida por Arenhart, que acentua ser o papel do jurista “o de tornar o abismo que separa estas três figuras (realidade, direito e processo) o menor possível, dotando o sistema jurídico de soluções às novas situações reais, com a maior brevidade possível”.

Em outra obra, Arenhart analisa mais detidamente a insuficiência do processo civil diante da velocidade e complexidade da realidade social, que o autor denomina “tensão entre a nova realidade formada diariamente e as fronteiras de atuação do direito estatal”:

A realidade é por demais rica para ser abarcada completamente pelo Estado ou pelo direito estatal. A cada dia surgem novos horizontes para o ser humano, e com isso novos interesses e novos conflitos, que exigem definição e organização pelo Estado [...]. Se assim ocorre com o direito material, no plano processual o problema é ainda mais grave. Sabe-se que o processo existe para dar conta da impossibilidade de aplicação voluntária do direito material. É pensado, pois, ao menos na atualidade, com os olhos voltados para a realidade do direito material e vive ao reboque deste. Assim, os problemas sentidos pelo direito material somente de maneira mediata e reflexa serão percebidos pela dimensão processual. Por esta natural característica, ao direito processual sempre é mais difícil e moroso adaptar-se às necessidades da sociedade, na medida em que deve, antes, notar a alteração do próprio direito material, para somente após, como instrumento de realização deste, conseguir atualizar-se.⁴⁰²

Percebe-se, portanto, do quanto sucintamente exposto, que o processo civil, como ramo do direito que mais necessidade tem de contato com a realidade social, por ser ele o próprio direito realizando-se na prática, sofre um duplo golpe: o

⁴⁰¹ Esses aspectos da globalização foram extraídos da obra SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2001.

⁴⁰² ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.21/22.

primeiro representado pelo distanciamento social ínsito à sua natureza instrumental ao direito material e o segundo, que o agrava, pela imposição racionalista de um dogmatismo hermético que terminou por reduzir o direito à norma, afastando-o do fato.

7.2 O PROCESSO CIVIL NO PARADIGMA RACIONALISTA

O direito, como ciência criada e desenvolvida no interior do paradigma racionalista, foi concebido como uma abstração conceitual, numa tentativa de aproximação à metodologia das ciências exatas e num conseqüente distanciamento da realidade social. Baptista da Silva destaca que o direito transformou-se “num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da história”.⁴⁰³

Reduziu-se, portanto, o direito à norma, cujo conteúdo pressupôs-se unívoco, restando ao operador jurídico, identificado restritivamente como mero aplicador da lei, trabalhar com conceitos, formas, regras e silogismos.

Nesse contexto, o legislador detinha o monopólio da produção do direito e o Código representava, portanto, a sua única fonte. A lei, que se supunha ser ao mesmo tempo “clarividente e cega”,⁴⁰⁴ dispensava qualquer atividade interpretativa do juiz, que deveria apenas encontrar, tal qual uma verdade, a vontade do legislador.

O racionalismo, de igual forma, delimitou o campo no qual o direito processual civil desenvolveu-se como ciência formal e abstrata: eliminou a hermenêutica e a retórica, substituiu-as pelas certezas matemáticas, absolutizou as instituições processuais ahistoricizando-as e criou conceitos atemporais sem sintonia com o fato, o caso concreto, a realidade prática, ocultando, sob o dogmatismo nascente, um autoritarismo legalista.⁴⁰⁵

Nesse sentido, Baptista da Silva destaca a influência exercida pelas filosofias racionalistas sobre o processo civil constituído como ciência formal:

⁴⁰³ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.01.

⁴⁰⁴ MONTESQUIEU, *O espírito das...*, p. 123.

[...] concepção do Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Este foi, de fato, o fator responsável pela eliminação da Hermenêutica e, conseqüentemente, da Retórica forense, em favor da racionalidade das ‘verdades claras e evidentes’ de Descartes, que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo epistemológico.⁴⁰⁶

A formalização do direito pretendeu atender às exigências de segurança jurídica, próprias do industrialismo e da economia capitalista, fugindo das “contingências do mundo real, das incertezas inerentes à vida humana”.⁴⁰⁷ O sistema jurídico deveria ser tão seguro que não admitia a menor controvérsia na sua aplicação.

Emblemáticas são as afirmações de Montesquieu que, numa tentativa de delimitar os poderes do juiz, a ponto de identificar o poder de julgar com um poder nulo, e garantir a segurança jurídica, pretendeu que os julgamentos não fossem “mais do que um texto exato da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.⁴⁰⁸ E continua o autor asseverando que “poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.⁴⁰⁹

Proíbe-se o juiz de interpretar as leis do Estado que, em verdade, sequer precisam de interpretação. Como puro conceito, direito distanciado do fato, as normas traduziam as “verdades claras e distintas” de Descartes, numa matematização jurídica em que não há lugar para a hermenêutica.⁴¹⁰

A própria formação da ciência do processo civil, no interior do paradigma racionalista, implicou a suposição de que o juiz somente poderia julgar depois de encontradas as “verdades claras e distintas”, pois somente estas verdades poderiam ser aceitas pela ciência.⁴¹¹

⁴⁰⁵ Estas considerações tiveram como base teórica a obra de BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, especialmente p.57-67.

⁴⁰⁶ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.69.

⁴⁰⁷ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.70.

⁴⁰⁸ MONTESQUIEU, *O espírito das...*, p.120.

⁴⁰⁹ MONTESQUIEU, *O espírito das...*, p.123.

⁴¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.86.

⁴¹¹ René Descartes, num modelo matemático de raciocínio, propõe preceitos metodológicos como um meio pelo qual a razão chegaria a certezas claras e distintas, sendo o primeiro destes preceitos o seguinte: “[...] nunca aceitar como verdadeira nenhuma coisa que eu não conhecesse evidentemente como tal, isto é, em evitar, com

Essa construção racionalista do “mundo jurídico” dissociado da realidade impôs ao processo civil algumas características que vão aqui apenas enumeradas: (i) criação de um procedimento uniforme – o procedimento ordinário – a partir de uma abstração com relação à diferente natureza dos bens e às diferentes posições sociais dos indivíduos, traduzindo o mito da igualdade formal dos cidadãos como garantia do exercício da liberdade; (ii) proibição de tutela fundada em verossimilhança, na suposição de que, com cognição exauriente, o juiz possa chegar a um juízo de certeza para “dizer as palavras da lei”; (iii) imposição do mito da neutralidade do juiz; (iv) classificação trinária das sentenças, todas declaratórias *lato sensu*, limitando a atividade do juiz a declarar o texto da lei (atuação restrita ao plano normativo) e impedindo-o de dar força executiva às suas decisões; (v) vedação do uso da multa como meio de coerção indireta pelo juiz, em respeito aos princípios da incoercibilidade das obrigações e da intangibilidade da vontade humana; (vi) tipificação legal dos meios executivos; (vii) imposição, por meio do princípio *nulla executio sine titulo*, de que a cognição anteceda sempre a execução.⁴¹²

Assim, o processo civil tal como se apresenta no Código de Processo Civil, sobretudo em sua concepção inicial sem as recentes alterações legislativas, reflete os valores iluministas próprios do paradigma racionalista no qual se desenvolveu.

Segundo Baptista da Silva, esse processo de conhecimento declaratório é um verdadeiro instrumento da ideologia comprometida com o racionalismo, pois, conforme destaca,

É através do ‘processo de conhecimento’, ordinário por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o curso da causa, para somente depois de haver descoberto a ‘vontade da lei’ (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza.⁴¹³

todo cuidado, a precipitação e a prevenção, só incluindo nos meus juízos o que se apresentasse de modo tão claro e distinto ao meu espírito, que eu não tivesse ocasião alguma para duvidar” (DESCARTES, René. *Discurso do método. Regras para a direção do espírito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p.31/32).

⁴¹² Estas questões foram desenvolvidas, pormenorizadamente, por MARINONI, *Técnica processual e...*, p.35-50.

⁴¹³ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.27.

De certa forma, a plenariedade da cognição e a busca da “vontade da lei” legitimam a manutenção do *status quo* e preservam, mediante o pressuposto da neutralidade do juiz, a sua irresponsabilidade diante da realidade social: “se o juiz aplica a vontade da lei, imagina-se que a injustiça terá sido cometida pelo legislador”.⁴¹⁴

Percebe-se que não há qualquer espaço para se falar, no interior do paradigma racionalista, de criação jurisprudencial do direito, de retórica, argumentação, hermenêutica, opção/escolha pelo juiz do meio mais adequado, efetivo, proporcional em sentido estrito. Exclui-se qualquer possibilidade de que o juiz compreenda hermeneuticamente a norma jurídica,⁴¹⁵ com toda a axiologia que lhe é ínsita (à norma e ao homem).

Diante destas características do processo civil formado no interior do paradigma racionalista, avulta uma verdadeira dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de compreensão do quanto desenvolvido na primeira parte do presente trabalho, ou seja, da existência de um direito subjetivo de proteção dos direitos fundamentais dirigido ao Estado, inclusive o judiciário, no qual se encontra ancorada a tutela preventiva processual. Trata-se de uma dificuldade de comunicação interparadigmática, na expressão de Thomas Kuhn.

7.3 A INCOMPATIBILIDADE DA ESTRUTURA PROCESSUAL COM O DEVER DE PROTEÇÃO

O dever estatal de proteção, conforme já demonstrado, impõe a adoção, por parte do Estado, de medidas ativas, normativas e fáticas, de proteção dos bens jusfundamentais dos cidadãos, individual ou coletivamente considerados.

O dever de proteção dirige-se não apenas ao legislador e ao Executivo, mas também ao Judiciário, que, na prestação da tutela jurisdicional, manejando normas tanto de direito material quanto de direito processual, tem o dever de,

⁴¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.16.

hermeneuticamente, extrair das normas jurídicas o resultado que confira máxima proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Alexy adverte que o direito procedimental, sob a forma de uma proteção jurídica efetiva, dirige-se tanto ao legislador, como direito ao estabelecimento de determinada norma procedimental, quanto ao juiz, como direito “a uma determinada ‘interpretación y aplicación concreta de normas procedimentales’”.⁴¹⁶

Dos deveres estatais de proteção extraem-se direitos subjetivos individuais à proteção com base no argumento de otimização: (1º) todo princípio, como mandado de otimização, exige ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas; (2º) os direitos fundamentais possuem caráter principiológico; (3º) o reconhecimento de direitos subjetivos à proteção significa a realização dos direitos fundamentais em medida maior do que a mera previsão de obrigações estatais objetivas de proteção.⁴¹⁷

Esse direito subjetivo de proteção, por apresentar-se como direito *prima facie*, haja vista não determinar definitivamente qual a prestação protetiva devida pelo Estado, importa na concessão a este de um campo de atuação no interior do qual pode eleger como deseja cumprir o mandado de proteção jusfundamental – sempre, é claro, atendendo ao argumento de otimização de realizá-lo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Para tanto, a decisão estatal que definirá a conduta definitiva de proteção perpassará a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

Essa decisão acerca do *como* o dever estatal de proteção deve ser cumprido dirige-se, primeiramente, ao legislador que, porém, se sujeita ao princípio da proporcionalidade, na acepção de proibição de insuficiência. Dessa forma, admite-se que o Judiciário proceda à definição da conduta de proteção jusfundamental definitiva, inferindo-a diretamente do direito fundamental, elegendo-a mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade aos meios que *prima facie* favoreçam a realização do

⁴¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.21.

⁴¹⁶ ALEXY, *Teoría de los...*, p.458/459.

⁴¹⁷ Conferir capítulo 2.1.

direito à proteção, sempre que a proteção legal mostrar-se insuficiente ou for inexistente.

Há, portanto, nitidamente, um campo de atuação judicial que não foi previamente delimitado pelo legislador, em face mesmo da inexistência ou insuficiência da previsão normativa legal. O juiz, nestes casos, deve efetuar uma opção da ação de proteção definitiva em face de todas as ações que constituem uma proteção. Claro que a escolha do juiz deve ser racionalmente fundamentada, submetendo-se à apreciação quanto à observância do princípio da proporcionalidade.

Essas considerações acerca do papel do juiz na prestação da tutela jurisdicional muito se afastam da suposição racionalista de que o juiz, na aplicação do direito, objetiva apenas declarar a vontade contida na lei e reafirmar a autoridade do Estado-legislador, sem nenhuma vontade, neutro, praticamente burocrático, um poder realmente nulo.⁴¹⁸ Impõe-se, ao contrário, compreender o ato jurisdicional como um ato de vontade, discricionário, que importa em opção, escolhas diante de meios adequados para chegar ao resultado almejado – a proteção dos direitos fundamentais.

A crítica ao encobrimento do componente volitivo do ato jurisdicional pela imposição de um modelo matemático de raciocínio jurídico foi efetuada por Baptista da Silva, nos seguintes termos:

Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a ‘vontade da lei’, fica subentendido que eles não têm a mais mínima possibilidade *discricionária* de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem compreensão hermenêutica que supere o *dogmatismo*, não haverá solução. E isto supõe *discricionariedade*.⁴¹⁹

Ademais, permitir ao juiz juízos fundados em verossimilhança, conceder-lhe poder de executar suas próprias decisões, de aplicar multa para convencer o réu a adimplir a prestação, de adequar os meios executivos às necessidades do direito material e dos sujeitos, significa retomar uma confiança no Poder Judiciário, que, tal

⁴¹⁸ Apenas para ilustrar estas considerações, Montesquieu afirma expressamente que o poder judiciário seria um “poder nulo” (MONTESQUIEU, *Do espírito das...*, p.121) e Chiovenda sustenta que a atividade jurisdicional consiste na “atuação da vontade concreta da lei” (Para esta análise, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. [on line] Disponível na Internet via <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/27.pdf>, p.12).

⁴¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.114.

qual os outros poderes do Estado, não pode mais ser visto como “inimigo do povo”, mas como amigo e garantidor da realização efetiva dos direitos fundamentais.

Por isso, para possibilitar uma concretização das idéias esboçadas neste trabalho, da responsabilidade de o juiz prestar uma tutela de proteção aos direitos fundamentais impõe-se, antes, superar a concepção do direito processual civil como disciplina abstrata e demonstrativa, afastada do fato e de toda axiologia, para encará-la, verdadeiramente, como uma ciência da compreensão, resgatando a hermenêutica...

Atendendo de certa forma aos anseios de Baptista da Silva, abandona-se a epistemologia das ciências da descoberta com vistas a recuperar a historicidade do direito, pois, como afirma o autor:

O direito processual moderno, como disciplina abstrata que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a história encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos que exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento de uma autêntica democracia.⁴²⁰

7.4 A INIDONEIDADE DO PROCEDIMENTO DIANTE DAS NECESSIDADES DO DIREITO MATERIAL

A autonomia científica do direito processual passa, antes, pela publicização do processo civil apresentada por Ludovico Mortara que, propondo uma nova conceituação de jurisdição como atuação do direito objetivo, foi o precursor da transição entre a escola exegetica e a escola histórico-dogmática.⁴²¹

Essa nova escola processual italiana, que também foi denominada “escola sistemática”, consolidou-se na doutrina de Chiovenda que sedimenta a afirmação da finalidade pública do processo civil em abandono da concepção privatista do mesmo. Supera-se a concepção de jurisdição como função de tutela dos direitos subjetivos privados violados e a correlata concepção de ação como uma

⁴²⁰ BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia*..., p.79.

⁴²¹ A análise histórica do processo civil segue aqui apenas mencionada em linhas muito gerais, por fugir do objeto específico deste trabalho. Para tanto, conferir: RAPISARDA, *Profili della tutela*..., p.20. Na doutrina nacional, MARINONI, *Técnica processual e*..., parte I, cap. 2 e MARINONI, *A jurisdição no*..., p.10/11.

faculdade jurídica intrínseca ao direito subjetivo substancial – a faculdade de agir em juízo estava estritamente conexa à violação do direito.⁴²²

A separação, reconhecida por Chiovenda, entre a ação e o direito subjetivo material foi a principal razão para a projeção publicista da finalidade do processo e da jurisdição civil. Afirma-se a autonomia do direito de ação e propõe-se um novo conceito de jurisdição como a função de atuação da vontade concreta da lei.

Assim, para construir a autonomia científica do processo civil, a escola sistemática desvinculou-o do direito material e evidenciou sua natureza pública como uma expressão da autoridade do Estado. Reconceitua-se a ação como um direito autônomo de natureza pública.

Percebe-se que o anseio de conferir cientificidade ao direito processual, colocando no centro do sistema um direito de ação totalmente desvinculado do direito material, fez com que a escola chiovendiana desenvolvesse uma teoria geral da prestação jurisdicional voltada a ressaltar apenas os aspectos processuais, isto é, formais.⁴²³

O processo civil, então, desenvolveu-se em torno de uma abstração conceitual, depurada de toda contaminação pelo direito material, pura forma desprovida de conteúdo, cuja categoria central era o direito autônomo de ação.

Ressalte-se, porém, que a autonomia científica do direito processual civil, ainda que represente uma superação dos antigos métodos exegéticos que valorizavam o formalismo e reduziam o processo civil a simples “*procedura civile*” voltada à solução dos conflitos privados, bem como supere a concepção imanentista da ação, foi alcançada no interior do paradigma racionalista impregnado dos valores iluministas, adiante analisado.

⁴²² RAPISARDA, *Profili della tutela...*, p.22/23.

⁴²³ RAPISARDA, *Profili della tutela...*, p.217. Nesse sentido, Marinoni também destaca que “não é possível ignorar que a escola sistemática, em sua ânsia de redescobrir o valor do processo e de dar contornos científicos ao direito processual civil, acabou excedendo-se em sua missão. A intenção de depurar o processo civil de sua contaminação pelo direito substancial, a ele imposta pela tradição jurídica do séc. XIX, levou a doutrina chiovendiana a erguer as bases de um ‘direito processual civil’ completamente despreocupado com o direito material. Imaginou-se, assim, que o direito de ir a juízo, concebido como direito de ação, nada teria a ver com o direito material, e que assim a ação poderia ser vista como entidade abstrata” (MARINONI, *Técnica processual e...*, p.54, grifos no original).

É importante mencionar o quanto foi destacado por Marinoni de que “essa mudança de perspectiva da *doutrina nada teve a ver com o surgimento de uma ideologia política diversa da liberal* [...]”. Essa constatação é importante, pois, se a escola sistemática representou um avanço evidente em relação à exegética, isso não quer dizer que o peso dos valores liberais não tenha influenciado os estudos chiovendianos e mesmo pós-chiovendianos”.⁴²⁴

Nesse campo paradigmático, a separação entre direito e fato, norma e realidade, imposta pelo normativismo-racionalista foi refletida no processo civil nos termos de uma abstração do procedimento com relação às pessoas e aos bens em litígio. Separa-se o processo da realidade social e, inclusive, do direito material.

No afã de conferir autonomia ao direito processual, o processo foi isolado do direito material e construído sobre os pressupostos de neutralidade e indiferença diante da diferente natureza dos bens. Neutralidade do processo como criação legislativa e neutralidade do juiz na aplicação da lei.⁴²⁵

Uniformizou-se o procedimento na criação de um procedimento ordinário, declaratório (em sentido amplo), plenário, exauriente na cognição e condenatório no provimento final, logo, sem executividade, capaz de atender a tudo e a todos, reproduzindo o mito da igualdade formal dos homens e assegurando a liberdade e segurança jurídica dos cidadãos.

Ademais, o direito processual civil, desenvolvido no interior do paradigma racionalista, está intimamente vinculado ao individualismo garantístico próprio do Estado liberal. Os institutos processuais foram concebidos para os indivíduos considerados em si mesmo (os homens abstratos formalmente iguais perante a lei), mal se adequando – ou sendo mesmo completamente inadequado – às novas forças sociais representadas pelos grupos e aos novos direitos coletivos.⁴²⁶

⁴²⁴ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.52/54 (grifos no original).

⁴²⁵ Conforme afirmou Marinoni, “[...] de nada adiantaria ‘formatar’ a atividade do Estado-legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social” (MARINONI, *Técnica processual e...*, p.36).

⁴²⁶ Baptista da Silva destaca que “a influência exercida pelo *individualismo* sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais [...]. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis” (BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia...*, p.56).

Pode-se, ainda, descrever esse processo como nitidamente repressivo e ressarcitório pelo equivalente pecuniário. Aliás, note-se que se o processo deveria proceder uma abstração com relação aos direitos materiais e à realidade social, a conversão de todos os bens em pecúnia atendia à sistemática da ciência processual autônoma e à lógica da economia liberal de mercado.⁴²⁷

Não há que se falar, portanto, em tutela jurisdicional diferenciada, específica e preventiva no interior do paradigma racionalista no qual emergiu a ciência processual civil.

Entretanto, no que diz respeito ao modelo de Estado, de constitucionalismo e à natureza dos direitos fundamentais proclamados, transformações significativas ocorreram na passagem do séc. XIX para o séc. XX, que afetaram (ou deveriam ter afetado) diretamente o direito processual civil, ao menos para tornar insatisfatório o modelo processual então adotado.

Conforme analisado no capítulo 1.2, juntamente com a previsão constitucional de direitos fundamentais de segunda geração, nitidamente prestacionais, altera-se o modelo de Estado, que passa a ser responsável pela implementação prática dos direitos proclamados, cobrando-se do Estado um comportamento ativo. Ademais, desenvolveu-se teoricamente a compreensão de que os direitos fundamentais possuem, além de dimensão puramente subjetiva imponível perante o Estado diante de lesões aos direitos, uma outra dimensão denominada objetiva, condensando os valores sociais e orientando a atuação dos poderes públicos. Exige-se, portanto, uma hermenêutica conforme os direitos fundamentais, conforme será analisado adiante.

Além destes, opera-se mais uma transformação no conteúdo dos direitos fundamentais que, ampliados, passam a prever também direitos difusos e coletivos, cuja titularidade não se restringe apenas ao homem individualmente considerado, mas imputa-se a toda a coletividade ou a grupos de pessoas.

Como característica própria da passagem de uma geração (ou dimensão) de direitos fundamentais para outra, há um redimensionamento dos direitos da geração anterior, que absorvem a dimensão objetiva e axiológica trazida pelos direitos da

⁴²⁷ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.57-63.

geração sucessiva, bem como tornam-se pressupostos para realizar efetivamente os novos direitos.

Assim, não apenas se amplia o rol dos direitos fundamentais com novas modalidades de direitos, anteriormente impensáveis e característicos da sociedade contemporânea, como também se redimensionam os direitos clássicos, exigindo do processo civil adequação a estas duas novas realidades.⁴²⁸

Nesse contexto, Rapisarda destaca que a emergência dos “novos direitos” e o novo arranjo das relações indivíduo, grupos sociais e Estado não mais se adequam ao modelo processual civil tradicional, demandando formas de tutela mais incisivas que a mera declaração jurídica, de modo a impor aos sujeitos privados modalidades concretas de comportamento e de atuar preventivamente.⁴²⁹

A complexidade crescente da vida social e o incremento das espécies de conflito, bem como a consagração constitucional de novos direitos fundamentais de cunho não-patrimonial e, muitas vezes, de titularidade difusa ou coletiva, tornaram inadiável a revisão crítica do procedimento ordinário clássico e a necessidade de pensar em tutelas jurisdicionais diferenciadas, que levassem em consideração os diferentes escopos das normas de direito material, os bens jurídicos envolvidos e as diferentes situações das partes.

É nesse contexto de mudanças que surge o movimento pela efetividade do processo civil, pelo resgate da função instrumental do processo que deve ter como objetivo maior a realização efetiva dos direitos materiais consagrados no ordenamento jurídico.

Cappelletti já advertia que as ideologias do direito substancial devem penetrar no processo, fazendo com que este absorva as alterações ocorridas na sociedade e na própria roupagem dos direitos materiais, destacando que

Al igual de todo instrumento, también ese derecho [derecho procesal] y esa técnica [la técnica del proceso] deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho. Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea

⁴²⁸ Estas novas realidades concretas que a sociedade contemporânea apresenta e a insuficiência do modelo processual tradicional para lidar com elas foram destacadas por ARENHART, *Perfis da tutela...*, p.39-42.

⁴²⁹ RAPISARDA, *Profili della tutela...*, p.75/76.

capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaleza y a esa finalidad.⁴³⁰

É necessário ressaltar, entretanto, que o processo tradicional estava fincado no binômio processo de cognição - processo de execução, o qual, quanto aos direitos ao cumprimento de uma prestação, poderia ser reduzido ao binômio sentença condenatória - execução forçada. Este esquema, ainda que satisfatório para a tutela dos direitos patrimoniais clássicos, mostrou-se completamente inadequado para a proteção dos direitos da personalidade e dos direitos coletivos.

Os novos direitos consagrados constitucionalmente apresentam, em geral, natureza não patrimonial⁴³¹ e, justamente por não poderem ser traduzidos em pecúnia, não podem ser adequadamente tutelados por uma ação ressarcitória que atua apenas após a consumação da lesão.⁴³²

Barbosa Moreira destaca a dificuldade enfrentada pelo processo civil no desempenho de sua missão de realizar concretamente, na sua integralidade, o direito material, confidenciando que “o texto legal tem a melancolia de uma confissão de impotência, nas entrelinhas balbucia-lhe em surdina um pedido de desculpas pela incapacidade de fazer funcionar a contento o instrumental da tutela”.⁴³³

E, ainda, ressalta o autor que a situação da inidoneidade do tradicional processo ressarcitório centrado na tutela de compensação pecuniária agrava-se diante das relações jurídicas de conteúdo não patrimonial, em especial os direitos da personalidade e os direitos difusos e coletivos, advertindo que “certas coisas, sabe-se bem o povo, não há dinheiro que pague”.⁴³⁴

⁴³⁰ CAPPELLETTI, *Proceso, ideologias, sociedad*, p.5/6.

⁴³¹ Basta pensar no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que, como já referido, está “estruturalmente ancorado” no princípio da prevenção, bem como no direito à proteção do patrimônio cultural como elemento de afirmação da identidade cultural dos povos. Sem falar no direito à vida privada, inviolável por sua própria natureza e por definição constitucional, em constante ameaça diante da sua crescente exposição à evolução social e tecnológica. Sobre este último tema, conferir: ARENHART, *Tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 e CALMON DE PASSOS, J. J. *A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal*. In: Revista de Processo, n.73, ano 19, jan./mar. 1994. Ademais, uma análise das esferas pública e privada e o recuo, operado na modernidade, do privado para o íntimo, não pode prescindir da referência à obra ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

⁴³² Na doutrina italiana, esta situação foi analisada por RAPISARDA, *Profili della tutela*..., p.77-112. Na doutrina nacional, MARINONI, *Tutela inibitória*..., p.19-23, ARENHART, *Perfis da tutela*..., p.137-183 e 184-194.

⁴³³ MOREIRA, *Tutela sancionatória e...*, p.23.

⁴³⁴ MOREIRA, *Tutela sancionatória e...*, p.24.

De fato, o conteúdo não patrimonial destes direitos determina a irreparabilidade das lesões a eles perpetradas. Para estas situações, portanto, apenas uma modalidade de tutela preventiva, que atue antes da lesão aos bens protegidos, de forma a impedir mesmo a violação da norma de direito material, poderia apresentar-se como uma tutela adequada e efetiva, no sentido de promover a máxima aproximação possível entre a realidade concreta e a situação abstrata prevista na norma de direito material.

Entretanto, cabe destacar que reformas legislativas que vêm sendo realizadas especialmente a partir de 1994 no ordenamento processual nacional estão ligadas à tentativa de conferir maior efetividade à tutela dos direitos materiais e sua adequação à nova realidade social e do Estado.⁴³⁵

Nesse contexto, pode-se mencionar o processo coletivo para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos regulamentado pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), especialmente pelo seu Título III, que veio somar-se à Lei nº 7.347/85.

A regra constante do art. 84 da Lei nº 8.078/90, praticamente reproduzida pelo legislador na redação do art. 461 do Código de Processo Civil (reformado em 1994), prevê a possibilidade de o juiz impor ordem de fazer ou não fazer fixando multa para o caso de descumprimento, bem como admite a adoção de medidas executivas tipificadas ou outra medida necessária para garantir a tutela específica ou o resultado prático equivalente. O legislador, por meio destes dispositivos, criou técnicas de tutela para viabilizar, no plano do direito material, a tutela jurisdicional adequada e específica.

Afirmando ser o § 5º do art. 461 “a inovação mais relevante das recentes reformas do CPC”, Guerra ressalta o fato de ter operado o rompimento com a orientação do legislador de 1973 de adoção de um sistema típico de tutela executiva.⁴³⁶ Há uma superação do princípio da tipicidade dos meios executivos pelo princípio da concentração dos poderes de execução nas mãos do juiz.

Ademais, além da previsão da tutela antecipatória nos arts. 461, Código de Processo Civil, e 84, Código de Defesa do Consumidor, o legislador reformista de

⁴³⁵ Cf. MARINONI, *Técnica processual e...*, p.98-144.

1994 altera o disposto no art. 273 do Código de Processo Civil para conferir atipicidade e caráter genérico ao instituto da tutela antecipatória. Esta disposição acentua o privilégio do princípio da efetividade e adequação às tutelas jurisdicionais dos diferentes direitos materiais, bem como promove uma distribuição isonômica do ônus do tempo do processo entre autor e réu.

Por outro lado, ressalta-se o intento doutrinário de extrair das alterações legislativas suas máximas efetividade e utilidade. Dessa forma, cumpre mencionar o trabalho desenvolvido por Marinoni com vistas em extrair, especialmente do disposto nos arts. 461, Código de Processo Civil, e 84, Código de Defesa do Consumidor, modalidades de tutela inovadoras, como as tutelas inibitória (nitidamente preventiva), de remoção do ilícito, do adimplemento contratual na forma específica, ressarcitória na forma específica, dentre outras.⁴³⁷

Por fim, cumpre ressaltar também a recente alteração constitucional proporcionada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que inclui novo inciso LXXVIII ao art. 5º prevendo, expressamente, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁴³⁶ GUERRA, *A proteção do credor...*, p.61-70.

CAPÍTULO 8

O DEVER DE O JUIZ CONFORMAR O PROCEDIMENTO ADEQUADO À PROTEÇÃO

8.1 HERMENÊUTICA PROCESSUAL DE ACORDO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da situação descrita anteriormente, da tensão de aproximação e distanciamento entre o direito processual, de um lado, e o direito material e a realidade social, de outro, agravada pela complexidade e velocidade da sociedade contemporânea, mister se faz analisar se o processo civil brasileiro atual, legislado e aplicado pelos tribunais, é capaz de atender ao dever do Estado de conferir proteção preventiva aos direitos fundamentais.

Observa-se, desde logo, que o Código de Processo Civil brasileiro, elaborado em 1973 sobre as premissas do paradigma da racionalidade e sob os influxos dos valores liberais (individualismo, patrimonialismo, autonomia da vontade, só para citar alguns destes valores) mostra-se verdadeiramente incapaz de lidar com os “novos direitos” consagrados constitucionalmente e atender aos anseios da doutrina da efetividade do processo.

Nesse sentido são as observações de Arenhart,

[...] pode-se dizer que o processo civil brasileiro atual, conforme aplicado na prática, ainda é incapaz de lidar de modo correto com as diversas situações que a realidade apresenta. O Código de Processo Civil atual, especialmente antes da reforma processual levada a cabo em 1994, é exemplo de legislação voltada exclusivamente para a tutela de interesses patrimoniais disponíveis e individuais. Não sabe ele operar com interesses não-patrimoniais, nem com interesses coletivos. [...] Mais que isso, o processo disciplinado pelo Código de Processo Civil (especialmente diante da feição que lhe dá a doutrina processualística) é figura rígida de ser moldada conforme o

⁴³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória...* e MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*.

plano material e inapta a fornecer resposta rápida e compatível com as necessidades atuais.⁴³⁸

Recentemente a sistemática processual civil brasileira vem sofrendo alterações para adaptar-se às mutações ocorridas na sociedade e recepcionadas pelo direito, em especial pela Constituição de 1988.

Essa crise, em verdade, apresenta-se nos diversos ramos do direito, especialmente nos tradicionais que ainda espelham os princípios e valores consagrados pelo paradigma racionalista, em razão da necessidade de adaptação à nova realidade marcada por alterações sociais e políticas ocorridas ao longo do séc. XX.

O direito civil, por exemplo, vem rompendo com as estruturas do projeto racionalista que fundou as codificações privadas e fragmentando-se em microssistemas jurídicos privados, cujo centro unificador remete não mais ao Código Civil, mas à Constituição Federal, num movimento de alterações profundas que recebeu a denominação de “virada de Copérnico”.⁴³⁹

Acrescente-se, ainda, que o avanço histórico de um modelo de Estado liberal de Direito para um Estado social de Direito conferiu aos direitos fundamentais uma nova dimensão objetiva, representando um conjunto de valores orientadores da atuação positiva dos poderes públicos e irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

A Constituição deixa de ser apenas o estatuto organizador do poder político do Estado e garantidor da liberdade individual, para, ao lado de consagrar os direitos sociais, econômicos e culturais, fixar as metas e os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sob a positivação de normas principiológicas.⁴⁴⁰

A Constituição, e em especial os direitos fundamentais, torna-se o centro unificador de todo o sistema infraconstitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas infraconstitucionais,

⁴³⁸ ARENHART, *Perfis da tutela...*, p.39/40.

⁴³⁹ Esta expressão é empregada por Luiz Edson Fachin, denominando, inclusive, projeto de pesquisa no âmbito da pós-graduação em direito na UFPR por ele coordenado. Conferir: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁴⁴⁰ Estes princípios, ressalta-se, não mais são compreendidos como meras exortações políticas dirigidas ao legislador, mas sim como normas de caráter imperativo, vinculativa a todos os poderes públicos e, também, aos cidadãos nas suas relações jurídico-privadas, em virtude do reconhecimento da força normativa de toda a Constituição.

bem como vinculando positivamente os poderes públicos no sentido de impor uma atuação de proteção e concretização dos direitos fundamentais.

É nesse sentido que Sarmento adverte para a necessidade de uma releitura do direito infraconstitucional à luz dos valores constitucionais, centrados no princípio da dignidade humana. Para este autor, “toda a legislação infraconstitucional (civil, penal, processual, econômica etc.), muitas vezes editada em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mais totalitário, terá de ser revisitada pelo operador do direito, a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e em especial nos direitos fundamentais que esta consagra”.⁴⁴¹

A hermenêutica jurídica passa a guiar-se pela luz da principiologia constitucional e da axiologia inerente aos direitos fundamentais, que, tal qual farol, ilumina o caminho a seguir. Na expressão de Lênio Luiz Streck, “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, *o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico*”.⁴⁴²

Porém, essa capacidade dos princípios de irradiar efeitos para todo o ordenamento jurídico, de forma a perfectibilizá-lo por meio da interpretação das regras de acordo com a Constituição e da colmatação das lacunas, é, segundo Zagrebelski, uma concepção apenas parcial da função dos princípios no constitucionalismo contemporâneo.⁴⁴³

Esse autor, em acréscimo, aponta a função dos princípios de irradiar efeitos diretamente sobre a realidade, conferindo aos fatos valor normativo próprio que, de certa forma, condiciona já a compreensão e a aplicação das regras em conformidade aos princípios, ou, na expressão de Zagrebelski, “indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio”.⁴⁴⁴

Assim, a compreensão do direito a partir de uma perspectiva principiológica importa em resgatar a importância do caso concreto (do fático) e em

⁴⁴¹ SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.156.

⁴⁴² STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) ...*, p.225 (grifos no original).

⁴⁴³ ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil...*, p.117.

⁴⁴⁴ ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil...*, p.118. Nesse sentido, na doutrina nacional, conferir MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado...*, p.26.

verificar sua idoneidade em disciplinar efetivamente a realidade em conformidade com os valores que os princípios lhe conferem.⁴⁴⁵

Tendo por base o processo civil brasileiro, disciplinado por um estatuto elaborado em 1973 de marcante influência liberal e racionalista, a atitude hermenêutica que se exige dos operadores do direito significa voltar-se para a solução do caso concreto, levando em conta a realidade social das partes e as peculiaridades dos bens jurídicos envolvidos, mas guiando-se pela realização dos valores constitucionais. Isso significa que o operador jurídico deve tirar os olhos do passado e voltá-los para o horizonte que a Constituição de 1988 deseja alcançar, revendo e reinterpretando os textos normativo-processuais sob nova luz.

Nesse sentido, Barbosa Moreira denuncia a prática jurisprudencial de uma “interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”, ressaltando a necessidade de sua superação.⁴⁴⁶

De modo semelhante, Streck lamenta o fato de a doutrina e jurisprudência ainda darem mais ênfase ao direito infraconstitucional do que ao texto constitucional e sua principiologia, para afirmar a necessidade de (re)ler os estatutos legais à luz da Constituição. Ademais, destaca o mesmo autor que as normas infraconstitucionais, para serem válidas e vincularem os juízes, devem passar pelo “processo de contaminação constitucional” para que seu conteúdo seja coerente com o conteúdo material da Constituição.⁴⁴⁷

Ressalte-se, entretanto, que a referência que aqui se faz à necessidade de adoção, pelo órgão jurisdicional, de uma hermenêutica processual de acordo com os direitos fundamentais quer significar que os direitos fundamentais, em razão de sua eficácia irradiante, servirão de diretrizes para a interpretação e aplicação dos textos normativo-processuais. Quer significar, ainda, que o juiz deve (i) exercer o controle de

⁴⁴⁵ Nesse sentido, Zagrebelski ressalta que “la concepción del derecho ‘por principios’ tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto a que éste debe retornar” (ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil...*, p.122).

⁴⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder judiciário e a efetividade da nova constituição. In: *Revista Forense*, v.304, ano 1988, p.151.

⁴⁴⁷ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m)...*, p.226/229.

constitucionalidade das leis, deixando de aplicar normas materiais ou processuais que violem direitos fundamentais e (ii) conformar o conteúdo de suas decisões aos direitos fundamentais, que atuam como diretrizes materiais das decisões jurisdicionais.⁴⁴⁸

É preciso, ainda, considerar – conforme analisado anteriormente e destacado por Marinoni com apoio em Zagrebelski – que “se a regra deve ser compreendida e aplicada conforme o valor atribuído à realidade pelo princípio, é evidente que não se pode controlar a constitucionalidade da lei, ou mesmo interpretá-la, considerando apenas o seu texto”.⁴⁴⁹ Nesse sentido, importa não apenas a norma em abstrato, mas o resultado do impacto desta no caso concreto.

Assim, a interpretação das regras processuais, o controle concreto de constitucionalidade e a conformação material da decisão em conformidade com os direitos fundamentais devem ter como ponto de partida o caso concreto, valorado pela axiologia constitucional.

No que diz respeito à interpretação das leis de acordo com a Constituição, ressalte-se, inicialmente, que não se trata aqui de um princípio de interpretação constitucional, visto que são as leis infraconstitucionais que devem ser interpretadas de acordo com os princípios e as decisões valorativas que encontram expressão nos direitos fundamentais.⁴⁵⁰

A interpretação de acordo com a Constituição, como método hermenêutico aplicável a toda legislação infraconstitucional, pode ser compreendida nos termos expostos por Miranda:

Trata-se, antes de mais, de conceder todo o relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição. Com efeito, cada norma legal não tem somente de ser captada no conjunto das normas da mesma lei ou no conjunto da

⁴⁴⁸ Em sentido semelhante, Guerra ressalta a influência da identificação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na compreensão adequada dos poderes do juiz, afirmando que “no tocante à atuação dos órgãos jurisdicionais [...] advirta-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o que determina, por exemplo: (a) que o órgão jurisdicional identifique e deixe de aplicar normas excessivamente restritivas de direitos fundamentais, independentemente de qualquer manifestação de um dos eventuais titulares do direito restringido; (b) que o órgão jurisdicional realize [...] uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de extrair de determinada norma um sentido e um alcance que maior proteção assegure a um direito fundamental relacionada a ela; (c) que o órgão jurisdicional leve em consideração, na realização de um determinado direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais” (GUERRA, *Os direitos fundamentais...*, p.98/99).

⁴⁴⁹ MARINONI, *A jurisdição no estado...*, p.26.

⁴⁵⁰ Esta ressalva foi efetuada por AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.132/133.

ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional; e isso tanto mais quanto mais se tem dilatado, no século XX, a esfera da acção desta como centro de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva”.⁴⁵¹

Dessa forma, a interpretação de acordo com a Constituição, quando aplicada aos textos normativo-processuais, significa que o juiz não pode se furtar de extrair das técnicas processuais a interpretação que confira eficácia ótima ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Ademais, quando o conflito envolver bens jusfundamentais, as normas processuais devem ser interpretadas com vistas em possibilitar a realização do direito fundamental prevalente no caso concreto na maior medida possível, atentando, igualmente, à menor restrição possível do direito fundamental contraposto, numa aplicação fundamentada do princípio da proporcionalidade.⁴⁵²

O juiz, portanto, em razão da vinculação direta aos direitos fundamentais, possui também o dever de conferir proteção aos bens jusfundamentais na prestação da tutela jurisdicional. Assim, pode-se afirmar que o juiz tem a obrigação de optar pela interpretação da lei processual (por exemplo) que confira maior efetividade ao direito fundamental.⁴⁵³

Isso implica a responsabilização do juiz com a valoração conferida pela norma, que deve ser adequada à realização dos valores constitucionais, pois apenas assim – superando a referida postura processual interna ao paradigma racionalista de reduzir o ato de julgar à aplicação da vontade da lei – pode-se afirmar que a decisão produzida pelo juiz é um efetivo julgamento e não uma mera aplicação mecânica das

⁴⁵¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.454.

⁴⁵² No âmbito da interpretação da Constituição, referindo-se ao princípio da máxima efetividade (ou princípio da interpretação efetiva), Canotilho aduz que os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma a extrair-lhes a maior efetividade possível, formulando o conceito do referido princípio nos seguintes termos: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quais normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)” (CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.1.210).

⁴⁵³ Referindo-se à eficácia interpretativa dos princípios constitucionais, Ana Paula de Barcelos destaca que “o interprete se encontra obrigado a optar, dentre as possíveis exegeses para o caso, aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente”, acrescentando a possibilidade de exigir-se que o magistrado faça essa opção. (BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.74). Marinoni também destaca que

regras jurídicas, que apenas repete o sistema, sem repensar a norma diante do caso concreto.⁴⁵⁴

Acrescente-se que a interpretação de acordo com a Constituição é consequência imposta pela própria alteração paradigmáticas das relações entre a lei e os direitos fundamentais, pois, segundo a conhecida fórmula de Krüger, já mencionada, se antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, agora as leis é que valem no âmbito dos direitos fundamentais.

Afirma-se, dessa forma, uma prevalência dos valores contidos nas normas jusfundamentais que devem orientar a atividade interpretativa de todo o direito infraconstitucional, inclusive processual, como uma das facetas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Por outro lado, uma hermenêutica processual de acordo com os direitos fundamentais exige do juiz, igualmente, o exercício do controle da constitucionalidade das leis materiais e processuais, de forma a negar aplicabilidade àquelas que afrontem os direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade das leis e a declaração de inconstitucionalidade vão aqui apenas referidos por fugir do objeto da presente pesquisa, destacando-se, apenas, a interpretação conforme a Constituição como princípio de interpretação e mecanismo de controle de constitucionalidade das leis.⁴⁵⁵

A interpretação conforme a Constituição significa que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando for possível extrair dela uma interpretação

“o juiz, diante da lei processual, é obrigado a optar pela interpretação de acordo com o direito fundamental” (MARINONI, *Técnica processual e...*, p.233).

⁴⁵⁴ Conferir KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis, 2000, 266 f. Tese (Doutorado) - Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p.225.

⁴⁵⁵ Nesse sentido, Barroso e Barcellos destacam que “a interpretação conforme a constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência de dois princípios anteriores: o da supremacia da constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação ‘corretiva’ que importa declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto” (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.301).

que permita compatibilizá-la com a Constituição.⁴⁵⁶ Compreende-se no conceito de interpretação conforme a Constituição não apenas a escolha de uma interpretação da norma legal que a harmonize com a Constituição, dentre outras interpretações possíveis, mas, principalmente, qual tal escolha interpretativa não é a que decorre da literalidade da lei, uma vez que afronta a Constituição, mas sim uma interpretação que agrega sentido ao texto da lei e evita a declaração de inconstitucionalidade.⁴⁵⁷

Assim, diante de várias possibilidades interpretativas do mesmo texto legal, o órgão jurisdicional declara qual proposta interpretativa revela-se compatível com a Constituição, excluindo aquelas em desconformidade constitucional.

É justamente a possibilidade de restringir-se a interpretação do texto legal ao sentido declarado conforme a Constituição, com efeito *erga omnes* e vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública quando procedida pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato, que, mais do que método interpretativo, a interpretação conforme a Constituição é um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis.⁴⁵⁸

Com relação à atuação dos juízes e tribunais inferiores diante de uma norma processual com possibilidades evidentes de interpretações inconstitucionais, estes, pelo dever que têm de conceder a prestação jurisdicional efetiva, devem expressamente optar pela interpretação compatível com a Constituição, rejeitando as demais interpretações dissonantes com o texto constitucional. Nas lições de Marinoni:

No controle difuso, o juiz poderá deparar-se com lei processual (por exemplo) substancialmente inconstitucional ou com lei processual substancialmente constitucional, mas com possíveis interpretações inconstitucionais. Na primeira hipótese, verificando o juiz que a lei não é inconstitucional quando interpretada em um determinado sentido, deve adotá-la expressamente como razão para decidir. Quando o juiz conclui que algumas interpretações da lei processual são inconstitucionais, além

⁴⁵⁶ Cf. HESSE, *Elementos de direito...*, p.71 e ss.

⁴⁵⁷ Barroso ressalta que “se o sentido mais evidente que resulta do texto interpretado for compatível com a Constituição, dificilmente haverá necessidade de se recorrer a um princípio cuja finalidade última é a de salvar uma norma ameaçada. O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar [...] uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.190).

⁴⁵⁸ A Lei n. 9.868/99, no seu art. 28, parágrafo único, prevê expressamente que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal”.

de declará-las, deve apontar a interpretação que irá pautar o julgamento, embora possa existir outra compatível com a Constituição.⁴⁵⁹

Por fim, merece menção, também, o dever de o juiz conformar materialmente suas decisões à axiologia proporcionada pela Constituição e pelos direitos fundamentais.

Num sentido geral, Streck aduz que “a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição”.⁴⁶⁰

Os direitos fundamentais, como decisão jusconstitucional fundamental que juridiciza os valores básicos de uma sociedade – segundo Perez Luño, os direitos fundamentais, na acepção axiológica objetiva, representam o consenso, resultado da tensão entre diferentes forças sociais numa sociedade pluralista, sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática⁴⁶¹ – expressam o horizonte axiológico que informa todo o ordenamento jurídico e as atuações públicas e privadas.

Dessa forma, os órgãos do Poder Judiciário estão vinculados positivamente pelos direitos fundamentais, devendo conformar o conteúdo de suas decisões, quer se trate de matéria de direito público, quer de matéria de direito privado, aplicação de lei material ou processual, às diretrizes de sentido valorativo expresso pelos direitos fundamentais.

Para Canotilho, os direitos fundamentais vinculam o conteúdo das decisões jurisdicionais como “normas de decisão”, ou seja, “como *medidas de decisão material-jurisdicional*”.⁴⁶²

⁴⁵⁹ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.231. Perceba-se que o autor distingue interpretação conforme a Constituição (na primeira hipótese mencionada, em que há uma única interpretação conforme a Constituição, a qual deve ser adotada), da declaração parcial de nulidade sem redução de texto (na segunda hipótese, quando há mais de uma possibilidade interpretativa compatível com a Constituição, as quais devem ser preferidas mediante a escolha de uma delas para o caso concreto, e outras inconstitucionais, que devem ser afastadas). Mais uma vez, ressalte-se que o trabalho apenas refere-se a estas questões, por não constituir objeto da pesquisa. Ademais, também não se enfrenta a questão controversa acerca do cabimento ou não do controle difuso de constitucionalidade pelas técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

⁴⁶⁰ STRECK, *Hermenêutica constitucional e(m)...*, p.231.

⁴⁶¹ PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p.20/21.

⁴⁶² CANOTILHO, *Direito constitucional e...*, p.447 (grifos no original).

Sarlet, igualmente, ressalta a vinculação material dos direitos fundamentais sobre o conteúdo dos atos jurisdicionais alegando que estes “atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais”.⁴⁶³

Assim, os órgãos jurisdicionais, na prestação da tutela jurisdicional, estão vinculados positivamente aos direitos fundamentais, de forma a assumirem a obrigação de conferir à legislação infraconstitucional (inclusive processual) interpretação que confira proteção em maior medida possível aos direitos fundamentais, de extrair das leis interpretação que permita compatibilizá-la com a Constituição, rejeitando aquelas interpretações dissonantes com o texto constitucional bem como de adequar o conteúdo de suas decisões aos valores jusfundamentais.

Todas estas vertentes hermenêuticas podem ser remetidas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais na acepção de dever de proteção, pois vinculando diretamente também o Poder Judiciário, este se obriga, por meio do processo, a formular decisões que confirmem a maior proteção possível aos direitos fundamentais. É nesse sentido que a prática jurisdicional cotidiana deve concretizar os direitos fundamentais, torná-los efetivos por meio do processo.

Por fim, além da projeção destes efeitos hermenêuticos sobre a atuação dos órgãos do Poder Judiciário na exegese da legislação processual civil, as normas jusfundamentais podem, também, ser auferidas diretamente pelo juiz ainda que não haja norma processual infraconstitucional, em razão, justamente, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Assim o órgão do Poder Judiciário pode tanto preencher o conteúdo das “cláusulas processuais abertas” (aplicação mediata dos direitos fundamentais) quanto suprir omissões de normas processuais, inferindo-as diretamente dos direitos fundamentais (aplicação imediata dos direitos fundamentais), o que se passa a analisar.

⁴⁶³ SARLET, *A eficácia dos...*, p. 351/352.

8.2 AS CLÁUSULAS PROCESSUAIS ABERTAS COMO CANAIS PARA A CONSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO ADEQUADO

O direito infraconstitucional pode estabelecer “pontes” com o direito constitucional por meio das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, nas quais o próprio legislador transfere ao juiz o poder de adequar a lei ao caso concreto e aos valores subjacentes aos direitos fundamentais, no momento da interpretação e aplicação do direito.

Essas técnicas legislativas - cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados – permitem inter-relações entre a legislação infraconstitucional, pública ou privada, a Constituição Federal e a realidade social, ao conferir ao sistema legislado uma dialética entre segurança e flexibilidade.

Em termos simplificados, por conceitos indeterminados entendem-se, de acordo com Karl Engisch, os conceitos “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”, quer essa indeterminação resulte da pluralidade de sentidos de uma palavra que exprime o conceito, quer da imprecisão dos limites conceituais.⁴⁶⁴

O conceito de cláusula geral, ainda segundo as lições de Engisch, pela sua multissignificatividade, pode ser formulado em contraposição à elaboração casuística das hipóteses legais, pois enquanto esta “circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”, por cláusula geral deve-se entender “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.⁴⁶⁵

Assim, tenta-se delinear a cláusula geral, em contraposição à elaboração normativa casuística que delineia rigidamente a hipótese normativa e suas conseqüências, como a técnica legislativa que emprega termos caracterizados pela

⁴⁶⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.208.

⁴⁶⁵ ENGISCH, *Introdução ao pensamento...*, p.228/229. Entretanto, o próprio Engisch destaca a relatividade da distinção entre o método casuístico e o método da cláusula geral, que “nem sempre se excluem mutuamente dentro duma certa matéria jurídica, mas, antes, se podem também complementar” (ENGISCH, *Introdução ao pensamento...*, p. 231).

abertura semântica, que proporcionam intencional imprecisão e mobilidade, para que a concreção da norma ocorra mediante incorporação de elementos exteriores a ela.

Dessa forma, ressalte-se que a construção do sistema jurídico na contemporaneidade passa, necessariamente, pela incorporação da técnica de legislar mediante cláusulas gerais – cuja inspiração pode-se remeter à Constituição, “farta em modelos jurídicos abertos”⁴⁶⁶ – pois adequada à atender aos conflitos sociais que apresentam-se cotidianamente e sempre com novas e complexas configurações, numa velocidade que a pontual intervenção legislativa não conseguiria abarcar, nem se desejaria que pudesse.⁴⁶⁷

Versando sobre a reconstrução sistema de direito privado, Judith Hofmeister Martins-Costa ressaltou a necessidade de o novo Código Civil⁴⁶⁸ ser dotado de “janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extra-jurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”,⁴⁶⁹ que podem ser consubstanciadas nas cláusulas gerais. Ainda segundo a autora, as cláusulas gerais permitem a abertura do sistema a pautas de valoração contidas no ordenamento jurídico (positivadas, especialmente, na principiologia constitucional) ou vigente no ambiente social, às quais são remetidos os juízes na solução do caso concreto.

Dessa forma, as cláusulas gerais ao mesmo tempo em que enviam o juiz à axiologia constitucional ou mesmo para fora do ordenamento jurídico para haurir elementos da economia, sociologia, psicologia, política etc.,⁴⁷⁰ também promovem a

⁴⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v.15, ano 1998, p.130.

⁴⁶⁷ Como já analisado anteriormente, a superação do paradigma da racionalidade impõe o abandono da pretensão de plenitude lógica e completude legislativa de outrora.

⁴⁶⁸ Não se pretende, com as considerações tecidas, adentrar a discussão acerca da conveniência ou não da nova codificação civil brasileira.

⁴⁶⁹ MARTINS-COSTA, *O direito privado...*, p.131.

⁴⁷⁰ Importa aqui romper as fronteiras do “mundo jurídico” rigidamente delimitadas pela doutrina positivista, no interior da qual o “jurista é o que não se aventura nos arraiais inóspitos da sociologia, da filosofia, da ciência política, da economia, mas permanece fiel e firme no território que é o único seu: o dos conceitos, das formas, das regras e dos silogismos. Território com fronteiras bem delimitadas, mas território desabitado, imensa cidade fantasma, ruínas de um lugar em que já houve muita vida, muita paixão, muita luta, muito ouro” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Administração da justiça no Brasil. Visão para além do imediato*. In: Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982, p.187).

entronização destes elementos no sistema jurídico, que paulatinamente vão sendo sistematizados formando os precedentes jurisprudenciais.

Mais uma vez, as lições de Martins-Costa:

Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.⁴⁷¹

O próprio legislador, portanto, mediante a técnica legislativa das cláusulas gerais, remete a complementação da *fattispecie* (previsão ou hipótese normativa) ou a graduação das conseqüências correlatas (estatuição) ao órgão julgador, que há de considerar as circunstâncias apresentadas no caso concreto e as pautas valorativas intra, inter ou extra-sistemáticas.

Com relação à integração inter-sistemática promovida pela cláusula geral entre a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal, ela permite a incidência dos direitos fundamentais nas relações materiais reguladas pelo sistema legal de forma mediata, ou seja, por meio de uma abertura promovida pelo próprio legislador e concretizada pelo juiz.

Esse fenômeno vem sendo explicado no campo do direito privado, a partir da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conforme analisado no capítulo 4 do presente trabalho.

De acordo com esta teoria, os direitos fundamentais não investem os particulares em direitos subjetivos invocáveis perante outros particulares, negando a incidência direta da Constituição nas relações privadas, sob o argumento de preservação da autonomia da vontade. Dessa forma, os direitos fundamentais apenas incidem nas relações privadas de forma indireta ou mediata, isto é, mediante a aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais de direito privado e dos conceitos jurídicos indeterminados à luz dos direitos fundamentais.⁴⁷²

⁴⁷¹ MARTINS-COSTA, *O direito privado...*, p.135.

⁴⁷² SARLET, *A eficácia dos...*, p.357.

A primazia, portanto, na atividade de conformar o direito privado e a disciplina das relações entre particulares aos valores jusfundamentais compete ao legislador, que a realiza mediante instrumentos típicos do direito privado. Pode o legislador, porém, deixar espaços de valoração ao Judiciário mediante a técnica de legislar por cláusulas gerais, remetendo a tarefa de harmonizar os direitos fundamentais na relação privada concreta ao órgão julgador.⁴⁷³

Por outro lado, caso se adote a variação da “teoria dos deveres de proteção do Estado” elaborada por Canaris acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, verificar-se-á, também, que o legislador de direito privado vincula-se diretamente aos direitos fundamentais. Dessa forma, o autor ressalta que os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado, desempenhando sobre estas suas funções de proibição de intervenção e imperativo de tutela,⁴⁷⁴ o que significa que o legislador de direito privado não pode atentar contra os direitos fundamentais e, além disso, deve outorgar proteção suficiente a estes direitos, sujeitando-se ao controle com base nos critérios da proibição de excesso e de insuficiência.

A proteção conferida aos direitos fundamentais pelo legislador ordinário, entretanto, estabelece apenas uma presunção de suficiência da tutela e de não afetação de outro direito fundamental que possa colidir com o direito protegido. Supõe-se, nesse caso, que o legislador promoveu uma harmonização entre direitos fundamentais e, especialmente, autonomia privada de forma equilibrada e constitucionalmente adequada. Esta presunção pode, porém, ser afastada pelo juiz que assume o ônus argumentativo de provar a insuficiência ou o excesso da lei infraconstitucional diante do direito fundamental atingido.

⁴⁷³ Vieira de Andrade, tecendo comentários acerca desta corrente doutrinária, destaca que “a força jurídica dos preceitos constitucionais em relação aos particulares (*terceiros*) não se afirmaria de modo imediato, mas *mediatamente*, através dos princípios e normas próprios do direito privado. Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como *princípios de interpretação* das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*) , acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*) ou, em casos extremos, colmatando as lacunas(*Wertschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do ‘espírito’ do direito privado” (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p.243/244, grifos no original).

⁴⁷⁴ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.36.

Nesse sentido, Canaris adverte que os órgãos jurisdicionais também se submetem à vinculação imediata dos direitos fundamentais no âmbito da aplicação e do desenvolvimento das normas de direito privado, o que implica o poder de o juiz aplicar diretamente um direito fundamental quando há omissão do legislador ou proteção legal insuficiente, o que será analisado no próximo item.

A atuação do judiciário, dessa forma, também exerce as funções de imperativo de tutela e proibição de intervenção com relação aos direitos fundamentais; porém não apenas por meio da constituição autônoma do direito quando há omissão legal, mas também no quadro da interpretação das normas legais e concretização das cláusulas gerais. Pois, como ressalta Canaris, “mesmo onde os direitos fundamentais não sejam aplicáveis na sua específica dimensão jurídico-constitucional, e onde não esteja em causa uma violação das proibições do excesso ou de insuficiência, podem ser relevantes para a interpretação do direito privado, e, em especial, para a concretização das suas cláusulas gerais”.⁴⁷⁵

Dessa forma, quer se adote a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, quer a teoria dos deveres de proteção do Estado, tem-se que a tarefa de regular a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas compete, primeiramente, ao legislador, que pode realizá-la mediante normas com elevado grau de densidade ou mediante cláusulas gerais. Neste último caso, o legislador remete ao julgador uma margem mais ampla de valoração, sendo que as cláusulas gerais funcionam como “filtros” que deixam transpassar os valores jusfundamentais, permitindo que o balanceamento entre os bens conflitantes seja atualizado na aplicação da norma ao caso concreto.

Ademais, no campo do direito processual, as cláusulas gerais têm a vantagem de, além de permitir a incidência dos valores jusfundamentais, possibilitar a abertura do direito legislador à dinamicidade da vida social, tão cara a este ramo do direito que se concretiza na prática forense.

A técnica de legislar mediante cláusulas gerais apresenta-se, dessa forma, como uma necessidade do sistema processual para amenizar a defasagem deste diante

⁴⁷⁵ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.75.

da realidade social incessantemente cambiante. Se o processo deve tutelar de forma efetiva e adequada todas as situações de ameaça ou violação de direitos materiais (estes mesmos em mutação constante, incrementados na velocidade da sociedade contemporânea), não se pode furtar a conceder mobilidade e flexibilidade ao sistema por meio das cláusulas gerais.

O legislador evidentemente não se encontra em condições de construir rígida e abstratamente o procedimento adequado à proteção jurisdicional de cada direito material – e o procedimento uniforme ordinário, conforme demonstrado, tem faltado no seu desiderato.

O reconhecimento, especialmente pela ordem constitucional, de direitos fundamentais, invioláveis e efetivos, clama pela proteção jurisdicional preventiva e específica, o que exige conformação dos procedimentos à nova situação conflitiva concreta e aos valores jusfundamentais.

A construção do procedimento adequado perpassa, portanto, a concessão aos juízes de um campo de atuação valorativa – que pode se dar pelas cláusulas processuais abertas – para conformar o procedimento aos bens materiais, à realidade concreta e aos valores jusfundamentais.

Ademais o direito à tutela jurisdicional efetiva incide, também, diretamente sobre o juiz que, como destinatário deste direito fundamental, tem o dever de conferir prestação jurisdicional que realize o direito material na maior medida possível.

Nesse sentido, a doutrina processual tem apontado situações em que a tipificação legal não é a melhor solução para a prestação jurisdicional efetiva, destacando, a título exemplificativo, as hipóteses de concessão da tutela antecipatória e de determinação dos meios executivos.

Com relação à tutela antecipatória, este instituto não se coaduna com a previsão taxativa e restritiva em procedimentos especiais específicos da hipótese de

sua incidência nem tampouco com a exclusão, *a priori* e abstratamente, da sua incidência em determinadas hipóteses também expressamente previstas.⁴⁷⁶

As situações de receio de dano, do abuso do direito de defesa pelo réu e de parcela da demanda mostrar-se incontroversa no curso da ação são situações fáticas que devem ser aferidas em cada caso conflitivo concreto. Estas situações, que por óbvio não podem ser afastadas abstratamente por normas processuais – nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo, por exemplo –, justificam a outorga de poderes-deveres aos juízes para conceder a tutela antecipatória, com vistas em melhor desempenhar seu dever constitucional de prestar a tutela jurisdicional efetiva.

Por essa razão é que a norma do art. 273, CPC, que outorga ao juiz poderes para conceder medidas antecipatórias da tutela, constitui uma cláusula processual aberta, composta de conceitos jurídicos indeterminados – perigo de dano, abuso do direito de defesa, incontroversa de parcela da demanda – que devem ser preenchidos em cada caso concreto, levando em considerações os direitos materiais subjacentes à demanda e os valores constitucionais.⁴⁷⁷

Da mesma forma, pode-se argumentar a favor da concessão de poderes ao juiz para adequar as medidas executivas ao caso concreto. O sistema da tutela executiva instituído com o CPC de 1973 adotava o princípio da tipicidade dos meios executivos de forma a controlar os poderes do juiz e garantir aos cidadãos a certeza de que teriam sua esfera jurídica invadida somente por meio dos meios executivos previamente definidos em lei. Entretanto, este sistema hodiernamente começa a ser

⁴⁷⁶ Dissertando acerca da tutela de urgência, Marinoni já afirmara que “o direito à tutela urgente, portanto, não pode ser suprimido por norma infraconstitucional, para um determinado caso concreto, com base na afirmação de que inexistirá *periculum in mora*. A aferição do *periculum in mora* não pode ser subtraída do Poder Judiciário e chamada ao plano da norma, sob pena de desrespeito ao direito à adequada tutela jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.159 e ss.).

⁴⁷⁷ Argumento semelhante pode ser utilizado para justificar a concessão ao magistrado de um poder geral de cautela diante dos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Calmon de Passos fundamenta o poder geral de cautela nos seguintes termos: “a efetividade do julgado não é algo que se coloca fora da esfera do poder do Magistrado. E se essa efetividade corre o risco de não vir a realizar-se, incumbe-lhe, por dever de ofício, acautelar quanto seja necessário para que ela se realize. Assim, o poder de julgar tem, insito, o poder de acautelar a efetividade do julgado e é isso o poder cautelar do juiz, poder geral, por não dizer respeito a um caso em particular, mas à generalidade dos casos” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim Calmon de. Até quando abusará, o Catilina? Cautelares e liminares – catástrofe nacional. In: *Revista de Processo*. n.71. São Paulo, RT, 1993, p. 229).

visto como obstáculo à efetiva tutela dos direitos, haja vista vedar a adoção pelo juiz de determinada modalidade executiva não tipificada em lei, mas que se mostre necessária diante do caso concreto, deixando em desamparo ou não prestando a tutela mais efetiva possível nestas situações.

Guerra ressalta as insuficiências do sistema típico de tutela executiva diante da complexidade e constantes mutações das relações sociais disciplinadas pelo direito material:

“Na realidade, é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva [...] e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades. [...] No direito brasileiro, é fácil comprovar a inaptidão dos meios executivos tipificados em lei para prestar a tutela executiva devida em diversas situações. Tal situação, em que para um dado direito não há previsão legal de um meio executivo adequado a proporcionar-lhe plena e integral satisfação, é o que se denomina, no presente trabalho, *insuficiência de meios executivos*”.⁴⁷⁸

Assim, o autor conclui pela impossibilidade de um sistema típico de meios executivos prestar uma tutela executiva adequada e efetiva às diferentes situações concretas de direito material, importando, propriamente, em denegação da tutela jurisdicional.

Diante desse panorama, a reforma processual ocorrida em 1994 conferiu nova redação ao art. 461, Código de Processo Civil e acrescentou-lhe o § 5º, concedendo ao juiz amplos poderes de adequação da modalidade executiva à situação concreta, inaugurando o princípio da concentração dos poderes de execução nas mãos do juiz e superando o princípio da tipicidade das formas executivas, pelo menos no que diz respeito ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.⁴⁷⁹

Essa norma, já tida como a inovação mais relevante das últimas reformas processuais,⁴⁸⁰ caracteriza-se, também, como verdadeira cláusula processual aberta, transferindo-se ao juiz o poder de sopesar, diante do caso concreto, os princípios da tutela jurisdicional efetiva e da menor restrição possível à esfera jurídica do réu,

⁴⁷⁸ GUERRA, *Direitos fundamentais e...*, p.66/67 (grifos no original).

⁴⁷⁹ Essa ampliação dos poderes ao juiz para adequar a medida executiva ao caso concreto já havia sido concedida, em 1990, para a tutela efetiva das relações de consumo (art. 84, § 5º da Lei n. 8078/1990) e, recentemente, em 2002, ela estendeu-se às obrigações de entrega de coisa (art. 461-A, CPC).

⁴⁸⁰ GUERRA, *Direitos fundamentais e...*, p.81.

levando em consideração os bens materiais envolvidos no litígio e os valores jusfundamentais.

Marinoni analisa justamente esses dois exemplos para afirmar que a impossibilidade de o legislador efetuar uma tipificação legal das hipóteses de concessão da tutela antecipatória e da adequação dos meios executivos acarretou a transferência deste poder ao juiz.⁴⁸¹

E, mais, Marinoni ressalta que a falta de previsão de uma modalidade executiva para determinada situação de direito material não pode servir de empecilho para o juiz conceder a tutela executiva mais adequada àquele caso concreto. Por isso, defende o autor, a título exemplificativo, a possibilidade de o juiz valer-se da imposição da multa como forma de coagir o réu a cumprir uma medida antecipatória de pagamento de soma em dinheiro, alegando que “basta ao juiz *justificar* a necessidade dessa técnica executiva, *aludindo à situação carente de tutela*, para que então a multa possa ser aplicada com base *no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*”.⁴⁸²

Percebe-se, portanto, a partir da análise dessas hipóteses exemplificativas, que compete ao juiz concretizar o dever de prestação da tutela jurisdicional efetiva diante do caso concreto, preenchendo o conteúdo valorativo das cláusulas processuais abertas.

Ademais, o dever de prestar tutela jurisdicional de forma efetiva incide diretamente sobre o juiz, não podendo este ficar na exclusiva dependência das previsões normativas do legislador para desempenhar esta sua função constitucional.

⁴⁸¹ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.234/235.

⁴⁸² MARINONI, *Técnica processual e...*, p.235. Em outra passagem, Marinoni é enfático em relação à possibilidade do uso da multa como forma de efetivar a tutela antecipatória de soma em dinheiro: “*não temos qualquer receio ou dúvida em sustentar que o juiz pode e deve empregar – se houver necessidade – o expediente da multa para dar efetividade à tutela antecipatória de soma em dinheiro. A multa, como se sabe, é uma técnica que se destina a atuar sobre a vontade do demandado, objetivando, dessa forma, o cumprimento da decisão judicial. Assim, não há como negar sua utilidade nos casos em que se pretende soma em dinheiro*” (MARINONI, *Técnica processual e...*, p.204, grifos no original).

8.3 A POSSIBILIDADE DE O JUIZ SUPRIR OMISSÃO DE REGRA PROCESSUAL

Trabalhou-se, no item anterior, com a hipótese de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas de forma mediata. Nesses casos, o legislador, destinatário precípua do dever de editar normas materiais e processuais de proteção aos direitos fundamentais, desincumbe-se de sua tarefa conformando as referidas relações em obediência aos valores jufundamentais. Assim, o legislador pode cumprir seu dever de proteção editando normas com alto grau de determinação (regras casuísticas), bem como pode legislar por meio da técnica de cláusulas (materiais ou processuais) abertas. Nessa última hipótese, o legislador deixa ao juiz um amplo espaço de liberdade de conformação para adequar a norma ao caso concreto, à realidade social e aos valores jufundamentais.

Entretanto, podem ocorrer situações em que o legislador não se desincumbe do seu dever *prima facie* de proteção, quedando omissa, ou mesmo que a proteção conferida pela lei apresente-se insuficiente para alcançar, efetivamente, a proteção do bem jufundamental. Não há, nesses casos, norma processual ou material infraconstitucional para aplicar-se ao caso conflitivo concreto, restando desprotegido (ou insuficientemente protegido) o direito fundamental titularizado por umas das partes no processo.

Não é, porém, pelo simples fato de que não há lei regulando as relações privadas de forma direta que se poderia supor que os direitos fundamentais não incidiriam nos conflitos concretos entre os particulares e que, portanto, o juiz não poderia aplicá-los diretamente na solução daquele caso conflitivo posto à sua apreciação.

Com vistas, justamente, em impedir que a ausência de uma norma processual infraconstitucional implique a denegação da tutela jurisdicional que o Estado obrigou-se quando assumiu o monopólio da jurisdição, há de admitir-se a possibilidade de o juiz suprir omissão legal, aplicando diretamente o direito fundamental (nas suas dimensões protetiva e procedimental) no caso concreto.

Afirma-se, portanto, a possibilidade de o juiz suprir omissão do legislador em regular a incidência do direito fundamental nas relações privadas, protegendo-o e harmonizando-o com a autonomia privada (ausência de norma material) ou em conferir as técnicas processuais capazes de prestar proteção jurisdicional efetiva diante da ameaça ou lesão ao direito fundamental (ausência de norma processual).

Ressalte-se, primeiramente, que o poder judiciário vincula-se positivamente aos direitos fundamentais, cabendo aos seus órgãos, no que diz respeito à aplicação das normas processuais civis, interpretá-las de acordo com os direitos fundamentais, extraindo sua máxima potencialidade protetiva, e preencher o conteúdo das cláusulas processuais abertas no caso concreto, à luz do direito material, da realidade social e dos valores jusfundamentais.

Porém, deve-se salientar que compete ainda aos juízes e tribunais aplicar diretamente os direitos fundamentais diante de omissão legislativa de normas processuais ou de proteção legal insuficiente, haja vista também o Poder Judiciário ser destinatário da eficácia direta dos direitos fundamentais. Dessa forma, o Poder Judiciário pode, a princípio, auferir a proteção processual diretamente do direito fundamental, tendo em vista o caso concreto.

Nesse sentido, afirma-se que a Constituição, em virtude mesmo da sua força normativa e da eficácia jurídica de seus princípios, não necessita de mediação do legislador infraconstitucional para que as normas jusfundamentais alcancem efetividade no âmbito jurídico das relações entre os cidadãos.⁴⁸³

Essa constatação não passou despercebida a Marinoni, pois, na sua observação:

[...] se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não

⁴⁸³ Nesse sentido, afirma Sarmiento: “Como norma jurídica que é, dotada de imperatividade, a Constituição não necessita da mediação do legislador civil para incidir sobre tais relações, podendo, por si só, alcançá-las com seus comandos. O fato de o legislador privado quedar-se inerte não frustra a possibilidade de incidência das normas constitucionais no âmbito privado, desde que tais normas, pela sua natureza, comportem aplicação imediata [...] Esta aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas guarda estreitas relações com a compreensão do caráter normativo da Lei Fundamental, bem como da eficácia jurídica dos seus princípios” (SARMENTO, *Direitos fundamentais e...*, p.100/101).

se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar norma processual mais explícita.⁴⁸⁴

Dessa forma, pode-se afirmar que o legislador tem, a princípio, primazia na realização do imperativo constitucional de proteção normativa dos direitos fundamentais – escolhendo, dentro do amplo espaço de liberdade de conformação que se situa entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, a medida de proteção devida. Mas o Judiciário poderá sempre, diante do caso concreto, averiguar se a proteção legal conferida é suficiente para outorgar máxima efetividade aos direitos fundamentais e, em constatando a insuficiência, deve conformar o procedimento ao direito material e à realidade social, aplicando diretamente o direito fundamental.

O Judiciário, então, supre omissão legislativa que atenta contra o imperativo constitucional de tutela, cumprindo diretamente o dever estatal de conferir proteção efetiva aos direitos fundamentais.

Deve-se à Canaris a proposição inovadora de que os direitos fundamentais desempenham a função de imperativo de tutela sobre os atos estatais – ressaltando que esta função não se exerce apenas sobre o legislador, mas também sobre os órgãos jurisdicionais. Assim, os atos estatais que apresentem um déficit de proteção (como, p. ex., a omissão legislativa) devem ser controlados sob o argumento da proibição de insuficiência. Diante da omissão do legislador, caberia ao Judiciário a realização do imperativo de tutela dos direitos fundamentais, mediante a interpretação e o desenvolvimento integrador do direito.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ MARINONI, *Técnica processual e...*, p.224. Em outro trabalho, o mesmo autor propugna pela correção, por qualquer juiz, das omissões legislativas que acabam por não permitir a proteção efetiva de um direito fundamental, sob o argumento de que “as omissões que invalidam direitos fundamentais não podem ser vistas como simples opção do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e as *omissões do legislador*, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica” (MARINONI, *A jurisdição no...*, p.36).

⁴⁸⁵ Canaris afirma expressamente que “a realização de imperativos de tutela integra uma das funções genuínas da jurisprudência, e que pode, por conseguinte, ocorrer não apenas, por exemplo, no quadro da interpretação, mas também por meio do preenchimento de lacunas” (CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.100) e, em outra passagem, o autor menciona a possibilidade dos “tribunais cíveis realizarem o dever de proteção pela via da constituição autônoma do Direito ou da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados” (CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.92).

Entretanto, para fundamentar a existência de um dever jurídico de agir, Canaris ressalta que o judiciário somente realiza o imperativo de tutela dos direitos fundamentais “no lugar” do legislador quando sobre este recai um dever de proteção, acrescentando que a competência do Judiciário não excede, nesse terreno, a do legislador.⁴⁸⁶

Dessa forma, Canaris adota uma variante da teoria dos deveres de proteção do Estado, saindo do reducionismo característico da teoria da eficácia indireta da incidência dos direitos fundamentais por meio apenas das cláusulas gerais e ampliando o espaço de projeção dos direitos fundamentais no desempenho de suas funções de proibição de intervenção e imperativo de tutela.

Entretanto, Canaris mantém-se fiel a uma explicação do fenômeno da eficácia, apenas por via indireta, dos direitos fundamentais em relação aos sujeitos privados, coerente com sua afirmativa de que apenas o Estado e seus órgãos vinculam-se diretamente aos direitos fundamentais. Consoante as lições do autor:

[...] mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo do jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.⁴⁸⁷

Ressalte-se, porém, conforme analisado no capítulo 4, no modelo de três níveis de efeitos, que as teorias do efeito mediato em terceiros e do efeito produzido por meio dos direitos de proteção ante o Estado têm por consequência, no nível das relações jurídicas entre os sujeitos privados, uma incidência imediata dos direitos fundamentais. Com essa afirmativa quer-se referir ao fato de que os direitos fundamentais conduzem à existência de direitos e deveres nas relações entre os particulares que são exigidos por razões jusfundamentais e que, sem a vigência destas razões (princípios jusfundamentais), estes direitos não seriam constitucionalmente necessários.

⁴⁸⁶ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.66.

⁴⁸⁷ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.58.

Assim, para afirmar-se a necessidade de que a ação judicial leve em consideração os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas – quer na interpretação das normas de direito privado em consonância com os valores jusfundamentais, quer na outorga de proteção estatal diante de uma ação privada dirigida contra um direito fundamental de outro cidadão, sob pena de o Judiciário, com sua própria decisão, lesionar o direito fundamental –, é imperioso reconhecer que estes direitos fundamentais vigem nas relações privadas como direitos subjetivos.

Ademais, não se pode olvidar de que a atuação judicial para impor aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, determinados comportamentos com vistas na proteção de um direito fundamental encontra justificativa no fato de que, ainda que haja omissão legal, as normas jusfundamentais regulam as relações jurídico-materiais de direito privado e obrigam os particulares a respeitá-las.

Por fim, observe-se que a atividade judicial, tanto no preenchimento das cláusulas gerais quanto na supressão de omissão legal, deverá atentar para a necessidade de harmonização, no caso concreto, entre o direito fundamental que uma das partes pretende ver protegido e outros princípios jusfundamentais que com aquele possam colidir (especialmente, a autonomia privada). Para tanto, o juiz deverá valer-se do princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO 9

LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO

9.1 CAMPO DE ATUAÇÃO JUDICIAL

Restou demonstrado, portanto, a possibilidade de o juiz suprir omissão de normas materiais e processuais diante do caso conflitivo concreto com vistas em outorgar proteção processual adequada e efetiva ao direito fundamental em jogo.

A atuação jurisdicional positiva, de realização do dever estadual de proteção aos direitos fundamentais por meio do processo, independe do fato de o Estado compor ou não a lide em um dos pólos da relação jurídico-material.

É possível que por uma atuação ou omissão do Estado, um bem jusfundamental encontra-se ameaçado ou já violado – por exemplo, se o Estado não cumpre seu dever constitucional de abster-se de afetar o meio ambiente ou de agir positivamente com vistas a implementar melhorias no bem ambiental.

O titular do direito fundamental (ou o legitimado ativo para a condução do processo, nas hipóteses de direitos difusos e coletivos) poderá exercê-lo em juízo, na sua dimensão de defesa ou prestacional, para vê-lo salvaguardado e implementado por meio da decisão judicial.

O Estado, por sua vez, como destinatário direto do direito fundamental, sujeita-se à imposição, via judicial, da conduta constitucionalmente devida no sentido de abster-se ou atuar positivamente visando garantir e promover a realização destes direitos, ainda que não haja lei infraconstitucional específica disciplinando a matéria.

Em se tratando de imposição judicial de uma omissão estatal ou da correção de sua conduta quando a abstenção já tiver sido desobservada – ou seja, antes do ilícito ou mesmo depois da prática do ilícito, com vistas em removê-lo⁴⁸⁸ – o juiz

⁴⁸⁸ Essas pretensões devem ser exercidas por meio, respectivamente, das ações inibitória e de remoção do ilícito.

deverá aplicar a norma de direito fundamental, da qual se infere diretamente uma proibição de ação universal.

Conforme já analisado no capítulo 2.3, o exercício do direito fundamental, na sua função de direito de defesa, em face do Estado, impõe a este a omissão de cada ação que afete negativamente o bem jusfundamental e apenas a abstenção de todas as ações é condição suficiente para o cumprimento do dever constitucional.

Assim, a simples eficácia vertical direta dos direitos fundamentais já impõe ao Estado, por força da Constituição, a conduta omissiva que se vem buscar a implementação em juízo.

A atuação judicial, nesse caso, realiza o desejo da norma de proteção jusfundamental ameaçada ou violada, cujas conseqüências já se podem inferir da sua própria estrutura normativa como direito de defesa.

No que diz respeito à imposição judicial de uma conduta ativa ao Estado, quando não há lei infraconstitucional determinando qual a medida de proteção definitivamente devida, é necessário um “esforço argumentativo especial”, como observou Canaris, ao tratar da função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela.⁴⁸⁹

A problemática concernente à aplicabilidade direta pelo Judiciário de uma norma jusfundamental na sua dimensão de direito à proteção para determinar qual a conduta exigida está relacionada com a diferente estrutura normativa dos direitos prestacionais (dentre os quais o direito à proteção se inclui). Assim, cumpre relembrar o que já foi dito quando da análise da estrutura normativa dos direitos à proteção.⁴⁹⁰

O direito à proteção, como mandado de proteger ou promover algo dirigido a um destinatário, diferentemente do direito de defesa, não exige a realização de todas as ações que impliquem a proteção do bem jusfundamental. Ao contrário, a realização de apenas uma ação adequada de proteção é condição suficiente para afirmar-se o cumprimento do mandado de proteção.

⁴⁸⁹ CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.103-115.

⁴⁹⁰ Cf. Parte I, Capítulo 2.3.

Entretanto, adotando-se a concepção de Borowski de que os direitos prestacionais apresentam-se, no momento anterior à ponderação, como mandados de ação universais, em razão da sua própria estrutura principiológica, pode-se afirmar que os direitos fundamentais à proteção exigem *prima facie* a adoção de todos os meios que favoreçam a realização do seu objeto de otimização.⁴⁹¹ Portanto, não possuem, em regra, conteúdo definitivo.

A passagem do mandato de proteção universal (do nível da ponderação) para a determinação da conduta definitivamente devida (para o nível da ação) deverá percorrer as estruturas de ponderação traduzidas de forma racionalmente controlável no princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

Assim, o Estado,⁴⁹² como destinatário da norma jusfundamental de proteção tem, em regra, um campo de ação no interior do qual pode eleger a conduta de proteção a realizar. Esta definição da ação de proteção definitivamente devida compete, primeiramente, ao legislador ordinário, em razão mesmo da menor densidade normativa dos direitos prestacionais ao nível da Constituição.⁴⁹³

Essa liberdade de conformação que o Legislativo – legitimado democraticamente de forma direta – dispõe para cumprir o mandato de proteção está, também, garantida por um princípio jusfundamental, o princípio da democracia, que, segundo Alexy, propugna pela manutenção de uma competência mais ampla possível do legislador.⁴⁹⁴

Ao legislador incumbe, em primeira linha, a função de concretizar o alcance dos direitos fundamentais nas relações verticais e horizontais, mediante a

⁴⁹¹ BOROWSKI, *La estructura de...*, p.156-161.

⁴⁹² Analisa-se, ainda, a eficácia vertical dos direitos fundamentais.

⁴⁹³ Nesse sentido, como já salientado, Canaris adverte que o imperativo de tutela (mandamento de proteção) carece de complementação pelo legislador ordinário, que dispõe de uma ampla margem de conformação quanto ao modo como o direito fundamental deve ser especificamente protegido, que se situa entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência (CANARIS, *Direitos fundamentais e...*, p.116-119). Também Alexy ressalta que a decisão acerca do *como* cumprir o mandato de proteção está primeiramente confiada ao legislador (ALEXY, *Teoría de los...*, p.448). Na doutrina nacional, Sarlet também destaca que os direitos a prestações, em regra, reclamam concretização legislativa (SARLET, *A eficácia dos...*, p.352).

⁴⁹⁴ Alexy afirma que o “principio de la democracia habla en favor de mantener una competencia lo más amplia posible del legislador democráticamente legitimado. Si todo lo que es importante para el individuo en la vida política estuviera ya determinado iusfundamentalmente, al legislador sólo quedaría la posibilidad de decidir sobre cuestiones insignificantes. Pero, el principio de la democracia exige justamente que el legislador decida sobre lo importante (ALEXY, *Teoría de los...*, p.433). No ordenamento jurídico nacional, pode-se encontrar a posituação do princípio democrático no art. 1º, *caput* e parágrafo único da Constituição.

regulamentação do conteúdo e das condições de exercício dos mesmos, bem como harmonizando-os com os direitos que possam entrar em conflito. Não se discute, portanto, a conveniência de um desenvolvimento legislativo que concretize os direitos fundamentais, já que a lei é o instrumento adequado para esta função em nome do princípio democrático, da legitimidade democrática do legislador pelo voto popular e da separação dos poderes.

Porém, o Judiciário, ainda segundo Alexy, não pode ser impotente diante de um legislador inoperante, sendo que o espectro de sua competência estende-se desde o controle de constitucionalidade da lei até, diante de omissão legal ou proteção legal insuficiente a um bem jusfundamental, até a formulação judicial direta do ordenado pela Constituição.⁴⁹⁵

Em sentido semelhante, Afonso da Silva, alega que apenas uma concepção estanque da separação dos poderes inadmitiria a atuação do judiciário

⁴⁹⁵ ALEXY, *Teoría de los...*, p.496/497. Por detrás da questão acerca da possibilidade de o judiciário impor uma conduta de proteção inferindo-a diretamente do direito fundamental *prima facie*, diante de omissão ou insuficiência legal, há uma ampla e complexa discussão acerca dos papéis do legislador democraticamente legitimado e do judiciário no contexto da divisão constitucional dos poderes. Essa problemática diz respeito à competência de controle de constitucionalidade da normatividade (ou de omissão de norma) do legislador pelo judiciário. Primeiramente cumpre ressaltar que a Constituição garante aos indivíduos direitos fundamentais que vinculam positiva e negativamente o legislador, bem como prevê a possibilidade de controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis e assegura ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição. Assim, como ressaltava Alexy, “la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución” (ALEXY, *Teoría de los...*, p.527). A problemática, portanto, gira mais propriamente em torno dos limites da atuação do judiciário no controle das normas e omissões do legislador que afrontem à Constituição. Estes limites, em termos simplificados, podem ser reconduzidos à necessidade de enfrentamento do princípio democrático, no sentido de que ao judiciário cumpre argumentar que as razões jusfundamentais em favor de sua atuação ultrapassam, no caso concreto, as razões também jusfundamentais (princípio formal da separação dos poderes e primazia constitucional do legislador no cumprimento do mandado de proteção) opostas, bem como à idéia regente de que os direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre sua proteção ou não não deve ser confiada à maioria parlamentar. Resta, porém, saber o que se pode entender como “tão importante”. Como já ressaltado, este é um princípio procedimental que pode abarcar diferentes concepções materiais acerca dos direitos fundamentais, como, por exemplo, pode referir-se à vinculação em maior ou menor grau ao princípio da dignidade humana. Em trabalho mais recente, Alexy aponta como diretriz para a solução desta questão a idéia acerca do que “ciudadanos racionales con concepciones personales distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple Legislador no pueda decidir sobre ello” (ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.40). Ademais, Alexy adverte que cumpre ao judiciário demonstrar que aspira uma representação argumentativa dos cidadãos em contraposição à representação política destes no Parlamento. É preciso que a representação argumentativa do judiciário triunfe sobre a representação política consubstanciada na lei, convencendo os cidadãos da prevalência dos direitos fundamentais sobre a decisão parlamentar. (Conferir a análise das posições alexyanas no âmbito do estudo processual civil acerca do conceito de da jurisdição em MARINONI, *A Jurisdição no...*, p.57-60). Estas

diante da omissão do legislador na concretização dos direitos fundamentais prestacionais. Assim, formula o seguinte questionamento; “se a Constituição impõe prestações *positivas* ao legislador e se o STF é o guardião da Constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?”.⁴⁹⁶

Nesses casos, a ponderação a ser realizada pelo Judiciário diz respeito à própria possibilidade de sua atuação na determinação da conduta de proteção devida, que equivale à própria justiciabilidade do direito fundamental. Vale dizer, para que o Judiciário possa inferir um direito definitivo a partir de uma norma jusfundamental com caráter *prima facie* é necessário que as razões pela prevalência desse direito fundamental superem, numa análise da proporcionalidade em sentido estrito, as razões dos princípios opostos, quer formais (como os princípios democrático e da separação dos poderes), quer materiais (outros direitos fundamentais que com aquele possam colidir).

Assim, o Judiciário não poderia exigir do Estado que cumpra tudo o exigido pelo direito fundamental à proteção *prima facie*, mas poderia determinar o cumprimento da conduta inferida como dever definitivo tendo em vista outros deveres fundamentais *prima facie* opostos. Dentre os princípios opostos, Alexy destaca que “juegan un papel decisivo no solo principios materiales, sino también formales, sobre todo la competencia del legislador democráticamente legitimado”.⁴⁹⁷

Leivas também tece considerações semelhantes, embora versando especificamente acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais:

No modelo aqui desenvolvido, que segue a teoria externa das restrições, os princípios democráticos e da separação dos poderes, que efetivamente conferem aos poderes legislativo e executivo uma legitimação privilegiada para a conformação e execução dos direitos fundamentais sociais, são princípios constitucionais que restringem

breves considerações não apresentam qualquer pretensão de enfrentar especificamente o tema sobre o qual há bibliografia especializada, considerando que tal empreitada extrapolaria, em muito, os limites deste trabalho.

⁴⁹⁶ AFONSO DA SILVA, *Interpretação constitucional e*, p.130. Em trabalho específico dedicado à jurisdição constitucional, Sergio Fernando Moro também aduz que “como as Constituições não mais apenas garantem direitos já assegurados, mas também realizam promessas constitucionais de direitos [...], resta evidente que a eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa. Se o juiz constitucional não tiver meio para forçar a ação dos demais poderes constituídos para o cumprimento da Constituição ou se não tiver meio para atuar supletivamente, então não exercerá a guarda da Constituição relativamente às normas constitucionais cuja implementação demande uma ação, e não uma omissão do Estado” (MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.238).

⁴⁹⁷ ALEXY, *Teoría de los...*, p.501.

amiúde os direitos fundamentais sociais *prima facie*, porém não funcionam como obstáculos à efetividade destes direitos em caso de omissão ou ação insuficiente, inadequada ou desnecessária dos poderes legislativo e executivo.

Os direitos fundamentais sociais só serão restringidos, contudo, se após submetidos à análise da proporcionalidade em sentido estrito, concluir-se que os chamados princípios formais (princípio democrático e separação dos poderes) e os princípios materiais (v.g., os direitos fundamentais sociais de terceiros) apresentarem-se como mais importantes no caso concreto, segundo a lei da ponderação, que os próprios direitos fundamentais sociais.⁴⁹⁸

Essa análise pode ser remetida à idéia regente, já mencionada, de que os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não-outorga não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar.

Em síntese parcial, pode-se admitir, diante de omissão legislativa ou proteção legal insuficiente e realizadas as devidas ponderações com os princípios formais e materiais contrapostos, a possibilidade de o Judiciário proceder à definição da conduta de proteção definitivamente devida, inferindo-a do direito fundamental *prima facie*.⁴⁹⁹

Por outro lado, quando se tratar de relações jurídicas entre particulares em que há ameaça ou violação a um bem jusfundamental, a questão da aplicabilidade pelo Judiciário do direito fundamental nesta relação privada tem, antes, que enfrentar a problemática da denominada eficácia horizontal direta ou indireta. Isso porque, para se falar em restrições aos direitos fundamentais por ação ou omissão dos particulares pressupõe-se que eles se encontrem vinculados a esses direitos.⁵⁰⁰

Conforme já restou demonstrado no capítulo 4, assume-se uma teoria dos três níveis de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, na qual a escolha por um dos níveis (dos deveres do Estado, dos direitos de proteção frente ao Estado e das relações jurídicas entre sujeitos privados) atende à funcionalidade para a fundamentação jurídica do caso concreto. Também foi ressaltado que as teorias adotadas nos diversos níveis de efeitos (inclusive as teorias dos efeitos mediatos e dos

⁴⁹⁸ LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.79.

⁴⁹⁹ À semelhante conclusão chega Leivas: “embora se reconheça, de um lado, que esta multiplicidade e complexidade de meios possíveis condizem preferencialmente a uma escolha pelo Legislativo e Executivo, o que nos leva à dogmática do espaço na escolha do meio, não há nenhum obstáculo constitucional e dogmático que impeça, em caso de omissão, que a escolha do meio possa ser feita pelo Judiciário em sede de controle constitucional, o que deverá observar o preceito da proporcionalidade, a dogmática do espaço e as freqüentes restrições aos direitos fundamentais sociais por outros princípios constitucionais” (LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.81).

deveres de proteção do Estado) conduzem à existência de um efeito imediato dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁵⁰¹ Assim pode-se afirmar que os direitos fundamentais vinculam os particulares de forma imediata ou direta.

É claro que se houver norma infraconstitucional disciplinando em medida suficiente a incidência do direito fundamental na relação privada, o juiz, ao decidir o caso concreto posto à sua apreciação, deverá aplicá-la, não podendo se sobrepor à regulamentação legislativa, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático.⁵⁰²

Mas, na ausência de norma infraconstitucional, ou diante de proteção legal insuficiente, o Judiciário poderá aplicar diretamente os direitos fundamentais com fundamento na sua incidência direta na relação privada. A medida dessa incidência a ser deverá ser determinada, portanto, pelo Judiciário a partir do exame da proporcionalidade entre o direito fundamental ameaçado ou violado e o princípio da autonomia privada.

Ademais, no que diz respeito à possibilidade de atuação jurisdicional para conferir proteção aos bens jusfundamentais quando a lei for omissa ou insuficiente, inferindo a conduta protetiva diretamente do direito fundamental *prima facie*, já restou demonstrado que há de ultrapassar a ponderação com os princípios formais e materiais contrapostos, especialmente o princípio democrático. Há, também, de observar a mencionada idéia regente formulada por Alexy.

Essas considerações tecidas dizem respeito à possibilidade de atuação judicial diante da ausência de norma de direito material que concretize os direitos fundamentais, ou diante de norma que confira proteção insuficiente, seja nas relações entre o cidadão e o Estado, seja nas relações entre particulares. Solucionado o conflito material e tendo prevalecido o direito fundamental, diante das circunstâncias do caso

⁵⁰⁰ STEINMETZ, *Princípio da proporcionalidade...*, p.15/16.

⁵⁰¹ Justifica-se essa afirmativa a partir da constatação de que o juiz está obrigado a uma determinada interpretação ou supressão da omissão legal (seja preenchendo as cláusulas gerais, seja outorgando proteção jusfundamental) de acordo com as normas jusfundamentais, na decisão do conflito privado, porque a relação jurídica de direito material entre particulares está regida pelo direito fundamental.

⁵⁰² STEINMETZ, *Princípio da proporcionalidade...*, p.25.

concreto, a previsão normativa processual deve ser, também, capaz de prestar proteção jurisdicional efetiva ao bem jusfundamental.

O juiz, além de ter um dever constitucional de conferir proteção aos direitos fundamentais,⁵⁰³ é também o destinatário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.⁵⁰⁴

Nesse sentido, Marinoni afirma que “a relação do juiz com os direitos fundamentais deve ser vista de duas formas, considerando-se os direitos fundamentais materiais e os direitos fundamentais processuais, especialmente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, salientando que este último “incide sobre o juiz para regular sua própria função”.⁵⁰⁵

Assim, com relação às normas de direito processual civil o juiz deve buscar os técnicas e mecanismos processuais que possibilitem a consecução da efetividade ótima do direito fundamental por meio do processo. Isso engloba, a título exemplificativo, a necessidade de tutelas jurisdicionais diferenciadas, de técnicas de limitação da cognição, técnicas da antecipação da tutela, técnicas de prevenção do ilícito (tutela preventiva) e de distribuição isonômica do ônus do tempo inerente ao processo e técnicas de execução das decisões judiciais.

O juiz, primeiramente e em respeito aos princípios democrático e da separação dos poderes, deve buscar no próprio sistema processual as disposições normativas aplicáveis ao caso concreto. Para tanto, deverá extrair das normas processuais com elevado grau de densidade (regras processuais) uma interpretação de acordo com a Constituição e os direitos fundamentais. Também deverá preencher o conteúdo das cláusulas processuais abertas com vistas a conformar o procedimento aos bens materiais, à realidade concreta e aos valores jusfundamentais, sempre levando em

⁵⁰³ A eficácia vertical dos direitos fundamentais importa no reconhecimento de que eles vinculam diretamente a atuação não apenas do legislador, mas também do administrador e do juiz, conforme já salientado no capítulo 3.

⁵⁰⁴ Nesse ponto, Marinoni ressalta que o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional – que, em verdade, se presta a atender todos os direitos, qualquer que seja a sua natureza – apresenta eficácia apenas vertical (sobre os poderes públicos), pois visa unicamente regular o modo de atuação da jurisdição, não se destinando a regular as relações entre os particulares. O eventual efeito que a atuação jurisdicional possa repercutir na esfera jurídica do particular é denominado por Marinoni de “efeito vertical com repercussão lateral”. A questão segue apenas referida, pois o presente trabalho centra-se na análise da prestação jurisdicional que tem por objeto a proteção de direitos fundamentais materiais. (MARINONI, *A tutela jurisdicional...*, p.53-57).

⁵⁰⁵ MARINONI, *A jurisdição no...*, p.54/55.

consideração a necessidade de harmonizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito, também fundamental, à ampla defesa.

E mais, quando há omissão de norma processual ou quando as técnicas processuais previstas são insuficientes para conferir proteção ao direito fundamental ameaçado ou violado, o juiz poderá adscriver a técnica processual diretamente do direito material fundamental, de tal forma que possibilite a outorga proteção processual adequada e efetiva ao bem jusfundamental. Entretanto, não se pode olvidar que a atuação judicial na supressão de omissão de norma processual encontra limites no direito fundamental do réu à ampla defesa, o qual deverá ser ponderado com o direito fundamental do autor à efetividade da tutela jurisdicional.⁵⁰⁶

9.2 CONTROLE DA PROPORCIONALIDADE DOS PROVIMENTOS E MEDIDAS JUDICIAIS

Convém ressaltar, primeiramente, que, seja em conflitos entre particulares seja em conflitos entre cidadãos e Estado, as violações ou ameaças aos direitos fundamentais praticada por uma das partes poderão ser examinadas com base no princípio da proporcionalidade.

Assim, as decisões judiciais controlam os atos ofensivos aos direitos fundamentais provenientes do Estado e dos particulares averiguando se os mesmos são adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito e de outro lado, são também elas próprias [as decisões] controladas a partir de sua fundamentação racionalizada no exame destes subprincípios da proporcionalidade.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, Marinoni destaca que “somente quando a conclusão, no plano do direito material, não permitir que o juiz encontre uma técnica processual adequada à tutela do direito (seja qual for a sua natureza), e então o caso for de omissão de regra processual, ou ainda quando a norma processual tiver natureza aberta, exigindo o seu preenchimento no caso concreto, é que o juiz terá que fazer uma ponderação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o direito de defesa, realizando algo parecido com o que faz quando decide sobre a tutela de um direito fundamental material” (MARINONI, *A tutela jurisdicional...*, p.56). Conferir, ainda, no que diz respeito à possibilidade de conformação procedimental aos direitos fundamentais MÜLLER, Julio Guilherme. *Direitos fundamentais processuais*. Curitiba, 2004, 248 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná.

Ademais, é especialmente na densificação do conteúdo das cláusulas gerais e na supressão de uma omissão legal de norma material ou processual, com vistas em outorgar proteção ao bem jusfundamental, que a decisão jurisdicional deverá percorrer a estrutura metodológica do princípio da proporcionalidade de forma a solucionar o caso concreto de forma racionalmente justificável e controlável.

Guerra Filho, comentando acerca do controle das decisões provenientes do Judiciário, ressalta justamente que a importância do emprego da proporcionalidade será tanto maior na medida da margem de valoração deixada pelo legislador para a avaliação do órgão judicial na aplicação do direito. Para exemplificar, o autor ressalta “o desenvolvimento recante da jurisprudência alemã no sentido de controlar a proporcionalidade e adequação das medidas judiciais na execução civil”.⁵⁰⁷

Dessa forma, a ponderação entre os bens em confronto (a título exemplificativo, direito fundamental material e princípio da autonomia privada; direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e direito fundamental à ampla defesa), “racionalizada ou ‘procedimentalizada’ no princípio constitucional da proporcionalidade e seus três elementos”,⁵⁰⁸ descreve a estrutura lógica da decisão judicial e indica o que deve ser fundamentado.

A estrutura do princípio da proporcionalidade – os princípios parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e, no que diz respeito a este último, os três passos da ponderação – permite um controle de racionalidade das decisões. Nesse sentido, Alexy afasta críticas, como as formuladas por Schlink, de que “nos ‘exames da proporcionalidade em sentido estrito ... somente a subjetividade do examinador tem efeito’ e que ‘as operações de valoração e ponderação do exame da

⁵⁰⁷ GUERRA FILHO, *Direitos fundamentais, processo...*, p.28/29. Recentemente, GUERRA propugnou pela aplicação do exame da proporcionalidade quanto ao conteúdo das medidas executivas judiciais, em especial quanto ao cabimento e conteúdo das medidas coercitivas. Segundo leciona, “o juiz estará, inevitavelmente, realizando a *concordância prática* entre a proteção fundamental do credor e a do devedor. Sem dúvida, quer na escolha pelas medidas coercitivas, quer na determinação da medida coercitiva a ser utilizada, se evidencia o embate, presente ao longo de todo o processo de execução, entre o direito fundamental à tutela executiva assegurado ao credor, e o direito fundamental do devedor de ter sua dignidade humana preservada. Dessa forma, é indispensável o recurso à regra da proporcionalidade, na condução dessas valorações” (GUERRA, *A proteção do credor...*, p.126).

⁵⁰⁸ STEINMETZ, *Princípio da proporcionalidade...*, p.39.

proporcionalidade em sentido estrito ... devem ser efetuadas somente por decisão não fundamentada”⁵⁰⁹.

Não se desconhece que a ponderação efetuada diretamente pelo juiz para a outorga de proteção aos direitos fundamentais pode trazer certa dose de subjetividade e incerteza⁵¹⁰ – aliás, própria da compreensão da lei a partir da Constituição, pelo caráter principiológico e conteúdo valorativo de suas normas – que, portanto, deve legitimar sua decisão pelo controle da racionalidade da argumentação jurídica.

Ademais, essa é uma exigência que decorre da própria impossibilidade de estabelecer-se uma única decisão correta para cada caso concreto, diante da impossibilidade de criar-se, em abstrato, uma “ordem dura” de hierarquia entre os princípios. Nos termos das concepções adotadas no presente trabalho, diante da inexistência de direitos fundamentais absolutos, apenas pode-se falar em relações de precedências *prima facie* entre os princípios (cargas de argumentação a favor de um princípio), que podem ser afastadas diante das circunstâncias do caso concreto mediante uma argumentação racionalmente controlável.⁵¹¹

Nesse sentido, apoiado na teoria alexyana, Marinoni reconhece que “não é possível chegar a uma teoria da decisão correta, isto é, a uma teoria que seja capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto. Porém, a circunstância dessa impossibilidade não pode retirar do juiz o dever de demonstrar que a sua decisão é racional e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto”⁵¹².

⁵⁰⁹ ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. In: *Revista dos Tribunais*, v.799, ano 91, maio 2002, p.43.

⁵¹⁰ Essa dose de incerteza deve ser superada, na medida do possível, por meio da regulamentação legislativa das normas de direitos fundamentais, harmonizando, em abstrato, conflitos, bem como por meio da construção jurisprudencial de critérios de decisão historicamente experimentados e suficientemente consolidados (os precedentes). Cf. BILBAO UBILLOS, *En qué medida...*, p.310.

⁵¹¹ ALEXY, *Teoría de los...*, p.549. Em outro texto, o autor esclarece que “las precedencias *prima facie* no contienen, por cierto, determinaciones definitivas. Pero, con todo, establecen cargas de argumentación. De esta manera, crean un cierto orden en el ámbito de los principios” (ALEXY, Robert. *Sistema jurídico y razón práctica*. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p.172). A tarefa de criar um sistema de precedências *prima facie* entre os princípios jusfundamentais compete, sobretudo, à jurisprudência e a “dogmáticas pontuais” (STEINMETZ, *Princípio da proporcionalidade...*, p.48).

⁵¹² MARINONI, *A jurisdição no...*, p. 84/85.

Assim, o caráter de princípio dos direitos fundamentais implica a necessidade de ponderações que, apesar de não conduzirem em cada caso a uma única solução, pode ser racionalmente controlado.

Tenta-se, portanto, de forma simplificada, sistematizar a estrutura metodológica do princípio da proporcionalidade nas hipóteses de ameaça ou violação de direitos fundamentais versadas no trabalho: (i) preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais ou supressão de omissão ou insuficiência legislativa de norma de direito material nos conflitos privados; (ii) ausência de proteção estatal proteção insuficiente; (iii) ausência de normas processuais.

Afirma-se, inicialmente, como critério para o controle da atuação judicial na conformação dos casos conflitivos concretos entre particulares que envolvam direitos fundamentais, que o princípio da proporcionalidade poderia percorrer seus subprincípios nos seguintes termos: (1º) escolha do meio de proteção adequado para proteger o direito fundamental de um particular diante de ameaça ou violação por outro particular – princípio da adequação; (2º) verificação acerca da existência de algum meio igualmente efetivo para a proteção do direito fundamental do particular, mas que implique menor restrição à esfera jurídica do outro particular – princípio da necessidade; (3º) sopesar o grau de importância do direito fundamental protegido e o grau de afetação do direito contraposto pela outra parte – princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação propriamente dita.

No que diz respeito ao controle judicial das omissões estatais que ameacem ou lesionem direitos fundamentais, em virtude do não cumprimento, ou cumprimento deficiente, do dever de proteção aos bens jusfundamentais, ainda que não haja norma infraconstitucional determinando a conduta de proteção devida, o juiz há de seguir na sua decisão a estrutura do princípio da proporcionalidade, aplicável no sentido da proibição de insuficiência.

A aplicação do princípio da proporcionalidade encontra-se quase sempre referida ao controle dos atos comissivos que importem violações aos direitos fundamentais, quando estes se apresentam na sua acepção de direito de defesa. Nesses

casos, o princípio da proporcionalidade é aplicado no sentido da proibição de excesso.⁵¹³

Entretanto, propugna-se pela sua aplicabilidade, também, no controle das omissões estatais ou proteções insuficientes, quando compete ao Estado um dever de ação positiva correlato a um direito fundamental prestacional em sentido amplo. O princípio da proporcionalidade, no sentido da proibição de insuficiência, deverá ser aplicado pelo Judiciário para a eleição da conduta de proteção ordenada definitivamente, dentre as condutas ou meios *prima facie* ordenados que favoreçam a realização do direito fundamental.⁵¹⁴

Nesse sentido, Leivas ressalta que “considerando que diferentes ações de promoção promovem em diferentes medidas a realização do objeto da otimização jusfundamental e freqüentemente em distintas medidas eliminam diferentes posições jurídicas constitucionais contrárias, precisa ser indagado para cada meio de promoção individual se e em que medida sua aplicação é ordenada pela constituição”.⁵¹⁵

A estrutura do princípio da proporcionalidade, como proibição de insuficiência, compreende os três subprincípios nos seguintes sentidos: (i) uma conduta será adequada quando fomenta o alcance da finalidade pretendida pela norma jusfundamental que obriga o Estado a agir; (ii) será necessária quando não há outro meio que favoreça na mesma medida a norma jusfundamental e, ao mesmo tempo, implique menor afetação dos direitos ou princípios contrapostos; (iii) e será proporcional em sentido estrito quando o grau de importância da satisfação da norma jusfundamental que exige a ação positiva do Estado for maior que o grau de não-satisfação dos direitos ou princípios afetados, justificando a ordenação da conduta.

Por fim, quanto ao controle das medidas judiciais de conformação do procedimento à proteção adequada dos direitos fundamentais, diante da ausência de legislação processual ou da existência de legislação insuficiente, que não permita a proteção jurisdicional adequada e efetiva.

⁵¹³ BOROWSKI, *La estructura de...*, p.128-131. Na doutrina nacional, LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.59.

⁵¹⁴ BOROWSKI, *La estructura de...*, p.162.

⁵¹⁵ LEIVAS, *A estrutura normativa...*, p.60.

Nessas hipóteses, o juiz deve construir o procedimento que garanta a proteção do direito fundamental no caso concreto, atendendo aos seguintes critérios: (i) as tutelas prometidas pelo direito material;⁵¹⁶ (ii) eventual colisão (entre o direito fundamental do autor à tutela jurisdicional efetiva e o direito fundamental do réu ao contraditório e à ampla defesa e o princípio da menor restrição possível à esfera jurídica do réu); (iii) sub-regras da proporcionalidade.

Assim, a medida jurisdicional deve ser adequada para alcançar a finalidade perseguida (a tutela efetiva do direito fundamental), necessária (quando não houver outro meio igualmente eficaz para atingir o fim pretendido, porém menos restritivo ao direito fundamental do réu) e proporcional em sentido estrito. Nesse último subprincípio, há de percorrer três passos: determinar o grau de não satisfação do direito restringido; avaliar a importância do direito prevalente no caso concreto; demonstrar que a importância da realização do direito do autor (a tutela efetiva do direito fundamental) justifica a não realização ou restrição do direito do réu (direito fundamental à ampla defesa).

⁵¹⁶ Com relação às tutelas prometidas pelo direito material, Marinoni destaca que “para chegar à técnica processual adequada à situação concreta, o juiz, além de partir do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, deve considerar a omissão legislativa ou a regra processual incapaz de propiciar a efetividade da prestação jurisdicional. A conclusão a respeito da omissão ou da inidoneidade da regra processual exige a previa análise da tutela prometida pelo direito material e das necessidades concretas das partes” (MARINONI, *Técnica processual* e..., p.229).

CONCLUSÃO

Diante da dinamicidade da vida social, do alargamento e das transformações nos conteúdos dos direitos materiais, especialmente dos direitos fundamentais, bem como da variedade de condutas de proteção que poderão ou não, diante do caso concreto, realizar o desejo de proteção dos direitos fundamentais, o legislador, por mais aguda que seja sua capacidade de antever os conflitos e equacioná-los, estará, não raro, aquém dos anseios sociais.

O juiz é, então, chamado a assumir, com responsabilidade, importante tarefa no Estado democrático de direito, pois lhe cabe solucionar uma infinita variedade de conflitos, especialmente aqueles travados entre direitos fundamentais, com nuances que só no caso concreto se revelam, e que o legislador não pôde sequer imaginar. Isso porque, a eficácia vinculante direta dos direitos fundamentais incide também sobre o juiz, na sua dimensão de direito de defesa e prestacional, o qual assume para com todos a inevitável tarefa de conferir proteção, inclusive preventiva, aos direitos fundamentais.

Sua atuação compreende, portanto, o (re)exame do regramento processual civil em conformidade com a axiologia constitucional e os direitos fundamentais. A hermenêutica processual de acordo com os direitos fundamentais compreenderá a interpretação e aplicação dos textos normativo-processuais à luz dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade das leis e a conformação do conteúdo das decisões judiciais aos direitos fundamentais.

Ademais, as cláusulas processuais abertas são instrumentos necessários para conceder ao aplicador do direito um campo de ação para a conformação do procedimento aos direitos fundamentais materiais e à realidade concreta.

Por fim, o regramento processual civil poderá, ainda, ser conformado aos direitos fundamentais quando há omissão de regra processual pelo legislador ou proteção legal insuficiente.

Não se desconhece a necessidade de previsão de limites à atividade judicial na conformação do procedimento adequado à proteção efetiva dos direitos

fundamentais. Esta é uma tarefa complexa e que deve ser amadurecida e desenvolvida especialmente pela jurisprudência e por dogmáticas processuais pontuais. Entretanto, a delimitação preliminar do campo de atuação judicial e do manejo do princípio da proporcionalidade, espera-se, já contribui para esta tarefa.

Esse, acredita-se, repisando o quanto afirmado na introdução, é um caminho para a construção de um direito processual civil preocupado com a realização efetiva dos direitos fundamentais do homem e da mulher concretos, de “carne e osso”. Esses passos não são dados sem uma dose de utopia.

É preciso que processo civil possa se adequar à realidade concreta, ao direito (fundamental) material e à axiologia constitucional. Para tanto, constroem-se “janelas abertas” e concede-se ao juiz os poderes necessários à conformação do procedimento no caso concreto. O presente trabalho pretende igualmente ser apenas uma “janela aberta” realizando uma interseção do processo civil com o direito constitucional e a teoria dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-143.

_____. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, abril 2002, p.23-50.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Trad. Luiz Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, n.217, p.67-79, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

_____. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: *Revista dos Tribunais*, v. 799, ano 91, maio 2002, p.33-51.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____ e BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Trad. Paula Gaido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.31-47.

_____. Sistema jurídico y razón práctica. In: _____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p.159-177.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

ANDREY, Maria Amália Pie Abib *et alli*. *Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica*. 13. ed. Rio de Janeiro: Garamond; São Paulo: EDUC, 2004.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*. n. 215, jan./mar. 1999, p.151-179.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. 6. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. São Paulo: Forense, 2004.

_____. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.263-284.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.271-316.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BERCOVIVI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, abril/junho 1999, p.35-51.

BILBAO UBILLOS, Juan María. En qué medida vinculan a los derechos particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.299-337.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Luís G. P. Cacaís, João Ferreira, Gaetano L. Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varrialle. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Administração da justiça no Brasil. Visão para além do imediato. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. A imprensa, a proteção da intimidade e o processo penal. In: *Revista de Processo*, n. 73, ano 19, jan./mar. 1994.

_____. Até quando abusarás, o Catilina? Cautelares e liminares – catástrofe nacional. In: *Revista de Processo*, n. 71. São Paulo, 1993.

_____. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.223-243.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A 'principalização' da jurisprudência através da constituição. In: *Revista de Processo*, n. 98, ano 25, abr./jun. 2000, p.83-89.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.108-115.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. *Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, 1996, p.7-18.

_____. *Palestra proferida por ocasião do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional realizado em Curitiba em 2002*.

_____ e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____ e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed., v. 5. Coimbra: Coimbra, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

_____. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela nell'otica della domanda giudiziale. In: *Revista di Diritto Processuale*, 1993.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DESCARTES, René. *Discurso do método. Regras para a direção do espírito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. In: *Revista de Processo*, n. 108, out./dez. 2002, p.23-31.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade no processo civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DUSSEL, Henrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Curitiba, 2004, 149 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná.

GIL-ROBLES, Álvaro. *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais*. Coimbra: Coimbra, 2000.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista os Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: _____. (coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.11-29.

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

_____. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 6, Recife/PE, 1993.

_____. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HECK, Luiz Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis, 2000,

266 f. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre, 2002, 153 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo: um ensaio referente à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. In: _____. Dois tratados sobre o governo. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martin Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A jurisdição no Estado constitucional*. [on line] Disponível na Internet via <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/27.pdf>.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. In: *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 28, abril/junho de 2003, p.298-338.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 15, ano 1998, p.129-154.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucional

alemã. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 27, abril/jun. 1999, p.33-44.

_____, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. Constituição e processo civil. In: *Revista de Processo*. n. 98, ano 25. abr./jun. 2000, p.29-42.

_____. *Manual de direito constitucional*, t. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.27-42.

_____. O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição. In: *Revista Forense*, v.304, ano 1988.

_____. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: *Temas de direito processual*, 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual*, 2ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 21-32.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Direitos fundamentais processuais*. Curitiba, 2004, 248 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n.26, out./dez. 2002, p. 653-664.

ORTIZ, Luis Javier Moreno. *Acceso a la justicia*. Santa Fe de Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2000.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1984.

PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanzi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002.

_____. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.165-216.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

_____ e TARUFFO, Michele. Inibitória (azione). In: *Enciclopédia Giuridica Treccani*, v.17.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Edusp, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: *Revista de Processo*, n. 37, jan./mar. 1985, p.121-139.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.107-163.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de direito do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2003.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanzi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, p.191-263.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Princípio da proporcionalidade e atos da autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.11-53.

_____. *Vinculação dos particulares a direitos fundamentais: eficácia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, Curitiba, 2002, p.26-64.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VALLESPÍN PÉREZ, David. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002.

VEGA GARCIA, Pedro de. Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In: PEREZ LUÑO, Antonio Enrique (coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p.265-280.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAGREBELSZY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.